




3 1761 11649915 3





Digitized by the Internet Archive  
in 2023 with funding from  
University of Toronto

<https://archive.org/details/31761116499153>











CAI  
XC33  
-J99

HOUSE OF COMMONS

CHAMBRE DES COMMUNES

Issue No. 5

Fascicule n° 5

Monday, November 2, 1992  
Wednesday, November 18, 1992

Le lundi 2 novembre 1992  
Le mercredi 18 novembre 1992

Chairperson: Blaine Thacker

Président: Blaine Thacker

*Minutes of Proceedings and Evidence of the Sub-Committee  
on the*

*Procès-verbaux et témoignages du Sous-comité sur la*

## Recodification of the General Part of the Criminal Code

## Recodification de la Partie générale du Code criminel

*of the Standing Committee on Justice and the Solicitor  
General*

*du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général*

### RESPECTING:

Pursuant to Standing Order 108(1)(a) and (b) and the  
Order of Reference of June 13, 1991 of the Standing  
Committee to the Sub-Committee, consideration of the  
recodification of the General Part of the *Criminal Code*

Future business

### CONCERNANT:

Conformément à l'article 108(1)a) et b) du Règlement et  
de l'Ordre de renvoi du Comité permanent du 13 juin  
1991 au Sous-comité, considération de la recodification  
de la partie générale du *Code criminel*

Travaux futurs

### WITNESSES:

(See back cover)

### TÉMOINS:

(Voir à l'endos)



Third Session of the Thirty-fourth Parliament,  
1991-92

Troisième session de la trente-quatrième législature,  
1991-1992







HOUSE OF COMMONS

Issue No. 5

Monday, November 2, 1992

Wednesday, November 18, 1992

**Chairperson:** Blaine Thacker

CHAMBRE DES COMMUNES

Fascicule n° 5

Le lundi 2 novembre 1992

Le mercredi 18 novembre 1992

**Président:** Blaine Thacker

---

*Minutes of Proceedings and Evidence of the Sub-Committee  
on the*

## **Recodification of the General Part of the Criminal Code**

*of the Standing Committee on Justice and the Solicitor  
General*

*Procès-verbaux et témoignages du Sous-comité sur la*

## **Recodification de la Partie générale du Code criminel**

*du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général*

---

### **RESPECTING:**

Pursuant to Standing Order 108(1)(a) and (b) and the Order of Reference of June 13, 1991 of the Standing Committee to the Sub-Committee, consideration of the recodification of the General Part of the *Criminal Code*

Future business

### **CONCERNANT:**

Conformément à l'article 108(1)a) et b) du Règlement et de l'Ordre de renvoi du Comité permanent du 13 juin 1991 au Sous-comité, considération de la recodification de la partie générale du *Code criminel*

Travaux futurs

---

### **WITNESSES:**

(See back cover)

### **TÉMOINS:**

(Voir à l'endos)

---

Third Session of the Thirty-fourth Parliament,  
1991-92

Troisième session de la trente-quatrième législature,  
1991-1992



SUB-COMMITTEE ON THE RECODIFICATION OF  
THE GENERAL PART OF THE CRIMINAL CODE OF  
THE STANDING COMMITTEE ON JUSTICE AND THE  
SOLICITOR GENERAL

*Chairperson:* Blaine Thacker

Members

George Rideout  
Rod Laporte—(3)

(Quorum 2)

Richard Dupuis

*Clerk of the Sub-Committee*

SOUS-COMITÉ SUR LA RECODIFICATION DE LA  
PARTIE GÉNÉRALE DU CODE CRIMINEL DU  
COMITÉ PERMANENT DE LA JUSTICE ET DU  
SOLICITEUR GÉNÉRAL

*Président:* Blaine Thacker

Membres

George Rideout  
Rod Laporte—(3)

(Quorum 2)

*Le greffier du Sous-comité*

Richard Dupuis

Published under authority of the Speaker of the  
House of Commons by the Queen's Printer for Canada.

Available from Canada Communication Group — Publishing,  
Supply and Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

Publié en conformité de l'autorité du Président de la Chambre  
des communes par l'Imprimeur de la Reine pour le Canada.

En vente: Groupe Communication Canada — Édition,  
Approvisionnement et Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9



## MINUTES OF PROCEEDINGS

MONDAY, NOVEMBER 2, 1992

(9)

[Text]

The Sub-Committee of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General on the Recodification of the General Part of the Criminal Code met *in camera* at 2:05 o'clock p.m. this day, in Room 307, West Block, the Chairman, Blaine Thacker, presiding.

*Members of the Sub-Committee present:* Rod Laporte, George Rideout and Blaine Thacker.

*In attendance: From the Research Branch of the Library of Parliament:* Philip Rosen, Senior Analyst and Marilyn Pilon, Research Officer. *From the Committees Directorate:* Nancy Hall, Committee Clerk.

The Sub-Committee considered its future business.

At 2:45 o'clock p.m., the Sub-Committee adjourned to the call of the Chair.

WEDNESDAY, NOVEMBER 18, 1992

(10)

The Sub-Committee of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General on the Recodification of the General Part of the Criminal Code met at 3:15 o'clock p.m. this day, in Room 308, West Block, the Chairman, Blaine Thacker, presiding.

*Members of the Sub-Committee present:* Rod Laporte, George Rideout and Blaine Thacker.

*In attendance: From the Research Branch of the Library of Parliament:* Philip Rosen, Senior Analyst and Marilyn Pilon, Research Officer. James W. O'Reilly, Legal Counsel.

*Witnesses: From the Criminal Code Recodification Task Force of the Canadian Bar Association:* Richard C.C. Peck, Q.C., (Vancouver), Chair; Sheldon Pinx, Q.C., (Winnipeg), Member; Michelle Fuerst (Toronto), Member; Professor Gerry Ferguson, University of Victoria.

The Sub-Committee resumed consideration of its Order of Reference of June 13, 1991 of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General to the Sub-Committee. (*See Minutes of Proceedings and Evidence, dated Wednesday, March 25, 1992, Issue No. 1*).

At 3:15 o'clock p.m., Richard C.C. Peck, Q.C., Professor Gerry Ferguson, Michelle Fuerst and Sheldon Pinx, Q.C., each made an opening statement and answered questions.

At 5:40 o'clock p.m., Professor Gerry Ferguson made an opening statement on mental disorder and answered questions.

In accordance with an order adopted on Wednesday, March 25, 1992, the Chairman authorized that the brief presented to the Sub-Committee by the Canadian Bar Association Criminal Recodification Task Force entitled: "Principles of Criminal Liability—Proposals for a New General Part of the *Criminal Code of Canada*" be printed as an appendix to this day's Minutes of Proceedings and Evidence. (*See Appendix "CODE-6"*).

## PROCÈS-VERBAUX

LE LUNDI 2 NOVEMBRE 1992

(9)

[Traduction]

Le Sous-comité sur la recodification de la Partie générale du Code criminel du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général, se réunit à huis clos, à 14 h 05, dans la salle 307 de l'édifice de l'Ouest, sous la présidence de Blaine Thacker (*président*).

*Membres du Sous-comité présents:* Rod Laporte, George Rideout et Blaine Thacker.

*Aussi présents: Du Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement:* Philip Rosen, analyste principal et Marilyn Pilon, attachée de recherche. *De la Direction des comités:* Nancy Hall, greffière de Comité.

Le Sous-comité délibère de ses travaux futurs.

À 14 h 45, le Sous-comité s'ajourne jusqu'à nouvelle convocation du président.

LE MERCREDI 18 NOVEMBRE 1992

(10)

Le Sous-comité sur la recodification de la Partie générale du Code criminel du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général, se réunit à 15 h 15, dans la salle 308 de l'édifice de l'Ouest, sous la présidence de Blaine Thacker (*président*).

*Membres du Sous-comité présents:* Rod Laporte, George Rideout et Blaine Thacker.

*Aussi présents: Du Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement:* Philip Rosen, analyste principal et Marilyn Pilon, attachée de recherche. James W. O'Reilly, conseiller juridique.

*Témoins: Du Groupe de travail sur la nouvelle codification du droit pénal de l'Association du Barreau canadien:* Richard C.C. Peck, c.r., (Vancouver), président; Sheldon Pinx, c.r., (Winnipeg), membre; Michelle Fuerst, (Toronto), membre; Pr Gerry Ferguson, Université de Victoria.

Le Sous-comité reprend les travaux prévus à son ordre de renvoi du jeudi 13 juin 1991 reçu du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général (*voir les Procès-verbaux et témoignages du mercredi 25 mars 1992, fascicule n° 1*).

À 15 h 15, Richard C.C. Peck, Gerry Ferguson, Michelle Fuerst et Sheldon Pinx font chacun un exposé et répondent aux questions.

À 17 h 40, Gerry Ferguson fait un exposé sur les troubles mentaux et répond aux questions.

Suivant l'ordre adopté le mercredi 25 mars 1992, le président permet que le mémoire présenté par le Groupe de travail sur la nouvelle codification du droit pénal de l'Association du Barreau canadien et intitulé: «Principes de responsabilité pénale—Proposition de nouvelles dispositions générales du *Code criminel du Canada*» figure en annexe aux Procès-verbaux et témoignages d'aujourd'hui (*voir Appendice «CODE-6»*).



In accordance with an order adopted on Wednesday, March 25, 1992, the Chairman authorized that the brief presented by Professor Gerry Ferguson, entitled: "Mental Disorder, Diminished Responsibility and the Automatism" be printed as an appendix to this day's Minutes of Proceedings and Evidence. (See Appendix "CODE-7").

At 6:40 o'clock p.m., the Sub-Committee adjourned to the call of the Chair.

Richard Dupuis

*Clerk of the Sub-Committee*

Suivant l'ordre adopté le mercredi 25 mars 1992, le président permet que le mémoire présenté par le Pr Gerry Ferguson intitulé: «Troubles mentaux, responsabilité et automatisme», figure en annexe aux Procès-verbaux et témoignages d'aujourd'hui (voir *Appendice «CODE-7»*).

À 18 h 40, le Sous-comité s'ajourne jusqu'à nouvelle convocation du président.

*Le greffier du Sous-comité*

Richard Dupuis

[Texte]

## EVIDENCE

[Recorded by Electronic Apparatus]

Wednesday, November 18, 1992

• 1514

**The Chairman:** I call this subcommittee to order.

We are considering the recodification of the general part of the Criminal Code.

We are privileged to have before us today from the Criminal Code Recodification Task Force of the Canadian Bar Association, Mr. Richard Peck, Q.C., who is from Vancouver; Mr. Sheldon Pinx, Q.C., who is from Winnipeg; Ms Michelle Fuerst, who is from Toronto; and Professor Gerry Ferguson, from the University of Victoria, whom many of us have heard before. He is here in a double capacity, with the Canadian Bar Association as our first delegation, and then on his own with respect to mental disorder.

• 1515

Before we have you make your presentation, Mr. Peck, I want on behalf of our committee members and our staff who work with us on this to put on the record our genuine thanks and congratulations for a job very well done by your Canadian Bar task force leading to your report *Principles of Criminal Liability*. You certainly know that it started away back with Senator Jacques Flynn in his capacity as Minister of Justice in 1979, and then the Law Reform Commission in 1987 with their document recodifying the Criminal Code. And then we have been working very much through a departmental paper entitled "Toward a New General Part For The Criminal Code of Canada". But yours comes as a tremendous addition and a tremendous document for us to work from, and we will be eternally grateful for your efforts.

**Mr. Richard C.C. Peck, Q.C., (Chair, Criminal Code Recodification Task Force of the Canadian Bar Association):** Thank you very much, Mr. Chairman. Maybe we should leave now.

**The Chairman:** That is not to say that people agree with everything.

**Mr. Peck:** Mr. Chairman, we of course had the benefit of all that work you referred to that has gone on for many years in looking at the Criminal Code. We were able to draw on that in the course of our project.

I would like to give you and the other members of your subcommittee a sense of this project and how it came about, because I think it is of some interest.

In Washington, D.C., in January of 1990, there was a conference put on by the Society for the Reform of Criminal Law. It was a worldwide conference. A number of us were there.

At that conference Allen Linden and I were walking down from an afternoon in the state capitol building, and he advised that at the concluding dinner that night he believed then Minister of Justice Doug Lewis would be making an

[Traduction]

## TÉMOIGNAGES

[Enregistrement électronique]

Le mercredi 18 novembre 1992

**Le président:** La séance du sous-comité est ouverte.

Nous étudions la recodification de la partie générale du Code criminel.

Nous avons le privilège d'accueillir aujourd'hui, du Groupe de travail sur la nouvelle codification de l'Association du barreau canadien, MM. Richard Peck, C.R., de Vancouver et Sheldon Pinx, C.R., de Winnipeg, ainsi que M<sup>me</sup> Michelle Fuerst, de Toronto et le professeur Gerry Ferguson de l'Université de Victoria, que beaucoup d'entre nous ont déjà entendu. Il vient témoigner en double titre, soit comme membre de notre première délégation, celle de l'Association du Barreau canadien, ainsi qu'à titre personnel, au sujet des troubles mentaux.

Avant de passer à votre exposé, monsieur Peck, je tiens à vous remercier et vous féliciter sincèrement, au nom des membres du comité et de ceux de notre personnel, de l'excellent travail qu'a effectué votre groupe de travail du Barreau canadien et qui a débouché sur le rapport intitulé *Principes de la responsabilité pénale*. Vous savez sans aucun doute que les travaux ont commencé il y a longtemps, lorsque le sénateur Jacques Flynn était ministre de la Justice en 1979, et que la Commission de réforme du droit les a repris en 1987 dans son document de recodification du Code criminel. Nous avons ensuite beaucoup travaillé par le biais d'un document ministériel intitulé «Toward a New General Part for the Criminal Code of Canada», Votre excellent document apporte toutefois beaucoup d'eau à notre moulin et nous vous serons éternellement reconnaissants de vos efforts.

**M. Richard C.C. Peck, c.r. (président, groupe de travail sur la nouvelle codification du Code criminel de l'Association du Barreau canadien):** Merci beaucoup, monsieur le président. Nous devrions peut-être partir maintenant.

**Le président:** Cela ne veut pas dire que tout le monde est d'accord avec tout.

**M. Peck:** Monsieur le président, nous avons bien entendu tiré parti de tous les travaux dont vous avez parlé et qui se déroulent depuis des années, dans notre étude du Code criminel. Nous avons pu en profiter dans le cadre de nos travaux.

Je vais vous donner, ainsi qu'aux autres membres du sous-comité, une idée de ce projet et de son historique, parce que je crois que cela peut vous intéresser.

La Society for the Reform of Criminal Law a organisé, en janvier 1990, une conférence mondiale à Washington, D.C., à laquelle beaucoup d'entre nous ont assisté.

Au cours de la conférence, alors que nous quittions le Capitole de l'État un bon après-midi, Allen Linden m'a prévenu qu'à la fin du dîner ce soir-là, il croyait que le ministre de la Justice de l'époque, Doug Lewis, annoncerait



## [Text]

announcement wherein he would be asking the standing committee to do a review of the Criminal Code to see if it met the needs of modern society in Canada. At that time I was acting as chairman of the National Criminal Justice Section of the CBA, and I concluded that if such a process were to take place it was important for the Canadian Bar Association to get involved and get involved quickly. The Canadian Bar Association, as you know, has a very broad representation of lawyers and judges across Canada, and in its criminal sections there are not just criminal defence lawyers, there are also prosecutors.

Not long before that I had asked the various provincial criminal justice sections to create law reform working groups. They were created largely to respond to Law Reform Commission work. Historically the CBA had always been a step behind. When the Law Reform Commission would hand out a report, the CBA would not have seen it and then would be scrambling to respond. I had established a pretty good relationship with the Law Reform Commission at the time, and as the individual provincial working groups were in place there was sort of a built-in mechanism for us to start work on the Criminal Code.

Over the ensuing several months the Minister of Justice, Doug Lewis, became the Minister of Transportation, as I recall, and the Hon. Kim Campbell became Minister of Justice. You may recall that in June of 1990 she reiterated Doug Lewis's request to the standing committee; renewed it, in effect. So we knew at that time that the government was in earnest in terms of looking at the Criminal Code, and we sought funding through the CBA offices and through various other bodies and put together enough funding to create this task force.

The task force was comprised of the executive of the National Criminal Justice Section. Each provincial criminal section was asked from its working group to send one delegate to each of our meetings. It was up to them to choose who they would send.

• 1520

We had two judges who are recognized as being among the foremost criminal law minds in the country, and we had the great privilege of having Professor Gerry Ferguson, who stands second to none among the academia in that area of understanding the criminal law. We also had the pleasure of David Daubney and Heather Holmes at our meetings, as observers from the Department of Justice. We had some very able researchers and members of the CBA national office.

Gradually, between May of 1991 and May of 1992, we put together a series of discussion papers on 17 selected topics. Those discussion papers and research papers were sent out. They were reviewed by the various working groups in the provinces—men and women, defence counsel, and prosecutors. They were reviewed by our committee members. Then we came together for a series of meetings.

## [Translation]

qu'il demanderait au comité permanent de procéder à un examen du Code criminel pour déterminer s'il répond aux besoins de la société moderne du Canada. Je présidais alors la Section nationale du droit pénal de l'ABC et j'en ai conclu que si un tel exercice devait se dérouler, il importait pour l'Association du Barreau canadien d'y participer ce, sans délai. Comme vous le savez, l'Association du Barreau canadien représente énormément d'avocats et de juges d'un littoral à l'autre du Canada, et ces sections de droit pénal regroupent non seulement des avocats de la défense au criminel, mais aussi des procureurs.

Peu de temps auparavant, j'avais demandé aux sections de droit pénal des diverses provinces de créer des groupes de travail sur la réforme du droit, ce qui s'est fait en grande partie pour répondre aux travaux de la Commission de réforme du droit. L'ABC a toujours eu un peu de retard. Lorsque la Commission de réforme du droit présentait un rapport, l'ABC n'était pas au courant et se précipitait alors pour y répondre. J'avais alors établi d'assez bonnes relations avec la Commission de réforme du droit et, à mesure que les groupes de travail de chaque province se sont établis, on a instauré en quelque sorte un mécanisme qui nous a permis de commencer à travailler sur le Code criminel.

Au cours des mois qui ont suivi, le ministre de la Justice, Doug Lewis, est devenu ministre des Transports, sauf erreur, et l'honorable Kim Campbell l'a remplacé à la Justice. Vous vous rappelez peut-être qu'en juin 1990, elle a répété et même renouvelé la demande que Doug Lewis adressait au comité permanent. Nous savions donc alors que le gouvernement avait hâte d'examiner le Code criminel et nous avons demandé des fonds au bureau de l'ABC et à divers autres organismes. Nous en avons réuni suffisamment pour créer ce groupe de travail.

Le groupe de travail a été constitué des membres du Bureau de la Section nationale du droit pénal. On a demandé à la Section du droit pénal de chaque province de déléguer un représentant de son groupe de travail à chacune de nos réunions. Le choix du délégué leur revenait.

Nous comptons sur deux juges reconnus parmi les plus brillants esprits au pays dans le domaine du droit pénal et nous avons eu le privilège insigne de compter sur le professeur Gerry Ferguson, qui ne le cède à personne du milieu universitaire dans ce domaine de compréhension du droit pénal. Nous avons aussi eu l'honneur d'accueillir, à titre d'observateurs du ministère de la Justice, David Daubney et Heather Holmes. Nous comptons sur des chercheurs très compétents et des membres du bureau national de l'ABC.

Entre mai 1991 et mai 1992, nous avons créé graduellement une série de documents de travail sur 17 sujets choisis. Nous avons diffusé ces documents de travail et documents de recherche qu'ont étudiés les divers groupes de travail des provinces—hommes et femmes, avocats de la défense et procureurs. Les membres de notre comité les ont étudiés et nous avons ensuite tenu une série de réunions.

*[Texte]*

We held five meetings across the country over that year. We started in Winnipeg; why I don't know. We started fortunately in May, so it wasn't too bad; and we finished in Winnipeg, and again why I don't know, except we were hosted to a very fine dinner at Sheldon Pinx's, which you all should have been there for.

Gradually concepts came together. We distilled ideas. We visited and revisited topic after topic. There was endless debate. And you know what debate is all about; you sit in a forum where debate takes place in a great way. Well, I would perhaps say, and humbly, that we could match some of that with the characters around the table, some of the views that were held, the hammering of people into submission, and sometimes a majority of us shifting our ideas.

But it was great exercise; it was a lot of fun, and we are happy we turned out a product we can be proud of. We are not saying it is the end-all; we would like another year, because some of these concepts are very, very difficult. And I hesitate to think that at the end of another year we would want another year. But we are happy with the result, and we are happy to present it to you today.

We endorse the need for recodification. We have set out at page 10 of our report why we think it is so, and we adopt the words of the Law Reform Commission in their report.

But the code remains much the same in structure, style, and content as it was in 1892. It is poorly organized; it uses archaic language; it is hard to understand; it contains gaps, some of which have been filled by the judiciary; and it fails to address some serious current problems. Moreover, it has sections which may well violate the Canadian Charter of Rights and Freedoms. Underlying these sentiments is an acknowledgement that the composition of Canadian society has drastically changed since 1892, and so too have the values and expectations of Canadian citizens.

The purpose of the Criminal Code, we say, is to articulate in clear, plain terms and as completely as possible the criminal law of the land, and to make the law accessible to its citizens; to ensure that the criminal law is ascertained, ascertainable, rational, reasonable, cohesive, and coherent. It should contain a clear statement of what criminal conduct is. As much as possible it should be an exhaustive catalogue of principles, offences, and defences. It should set out the elements of a crime, the mental and physical elements, in clearly articulated terms. It should be drafted in such a fashion that it reflects the principles recognized in the Charter of Rights and the judicial interpretation and application of those principles.

We have attempted to draft a model code, a model general part that does these things.

Although some of these concepts are very difficult to understand, we have tried to cast them in language that will assist the reader in understanding them. We have attempted to draft a code that recognizes and incorporates charter

*[Traduction]*

Au cours de cette année-là, nous avons tenu cinq réunions d'un littoral à l'autre. Nous avons commencé à Winnipeg; ne me demandez pas pourquoi. Nous avons heureusement commencé en mai et il ne faisait donc pas trop mauvais. Nous avons terminé à Winnipeg, et je ne sais toujours pas pourquoi, sauf que Sheldon Pinx nous a offert un excellent dîner auquel vous auriez tous dû participer.

Les concepts ont pris forme graduellement. Nous avons trituré des idées, examiné et réexaminé sujet après sujet. Les débats ont été interminables, et vous savez ce que c'est que débattre: vous siégez à un endroit où les débats ne manquent pas. Je pourrais peut-être dire en toute humilité que nous avons pu être à la hauteur des intervenants pesant autour de la table et de certaines des opinions avancées. Nous avons convaincu des gens de force et il est même arrivé que la plupart d'entre nous changent d'idée.

L'exercice a toutefois été excellent et très agréable, et nous avons la satisfaction d'avoir produit un document dont nous pouvons être fiers. Nous ne prétendons pas qu'il règle tout. Nous aimerions avoir une année de plus parce que certains de ces concepts sont des plus difficiles. Et j'hésite à penser qu'à la fin d'une autre année, nous en voudrions une autre encore. Nous sommes toutefois heureux du résultat et heureux de vous le présenter aujourd'hui.

Nous reconnaissons qu'il faut recodifier. Nous avons précisé pourquoi à la page 11 de notre rapport et nous faisons nôtres les propos tenus par la Commission de réforme du droit dans son rapport.

La structure, le style et le libellé du code n'ont toutefois pas beaucoup changé depuis 1892. Il est mal organisé, on y utilise un langage archaïque et il est difficile à comprendre; il présente des lacunes dont certaines ont été comblées par l'appareil judiciaire, et il ne traite pas de certains graves problèmes d'actualité. Il contient par ailleurs des articles qui pourraient très bien aller à l'encontre de la Charte canadienne des droits et libertés. On reconnaît que la trame de la société canadienne a évolué de façon spectaculaire depuis 1892, tout comme les valeurs et les attentes des citoyens canadiens, ce qui sous-tend ces sentiments.

Selon nous, l'objet du Code criminel est de formuler en termes clairs et simples, et aussi complètement que possible, le droit pénal du pays et de rendre le droit accessible à tous les citoyens. Il doit aussi assurer que le droit pénal est déterminé, déterminable, rationnel, raisonnable, cohésif et logique. Il devrait préciser clairement ce qui constitue un acte criminel. Il devrait, dans la mesure du possible, constituer un répertoire complet de principes, d'infractions et de moyens de défense. Il devrait définir clairement les éléments mentaux et matériels d'un crime. Il devrait être rédigé de façon à refléter les principes reconnus dans la Charte des droits, ainsi que l'interprétation et l'application de ces principes par l'appareil judiciaire.

Nous avons essayé de rédiger un code modèle, une partie générale modèle.

Même si certains de ces concepts sont très difficiles à comprendre, nous nous sommes efforcés de les définir en des termes qui aideront le lecteur à les comprendre. Nous nous sommes efforcés de rédiger un code qui reconnaît et



*[Text]*

values. We have attempted to draft a code that takes the requirement of legislating the law, that is filling the gaps in the law, out of the hands of judiciary. If the code is charter sensitive, and we think it is, the judges will be left to fulfil their traditional role, and that is applying the law as given to them by Parliament.

We have put in our code a declaration of principles. It is a preamble. We recognize that there has been legislation emanating from Parliament in the past that has a declaration of principles. The obvious example is the Young Offenders Act. Our intention in doing this is to give a context to the purpose behind the criminal law and the Criminal Code.

• 1525

We recognize that the declaration we have drafted may not be either the fullest or best statement of principle, but we like the concept and we recommend that a new code contain a declaration of principle. We see this as a statement of the underlying philosophy of the criminal law. We feel it should be used only within the spirit of the overall text of the code. In other words, we don't see the declaration of principle as necessarily being an interpretive guide. We see it as being a statement of principle and philosophy that flows through the text of the code. The actual text, absent the principles, should contain that spirit and philosophy.

We deal with the fault element of crime. In drafting a mental element we note that the existing code does not contain any clear statement about the requisite state of mind for a criminal offence, so we've attempted to craft a mental element that is intelligible and which people like jurors will understand. We've embraced the concept of subjective fault as our underlying theme.

Vince Del Buono told me that our model Criminal Code was the apotheosis of subjectivism. You know Vince Del Buono, and you know he's a proponent of some objective standards in the Criminal Code. Vince and I have had that debate, in fact I think before some of you on some occasion, on the arson by negligence legislation some years ago.

We endorse the concept of subjective fault as our underlying theme because criminal law is about personal moral blameworthiness. It is about the attribution of moral blameworthiness to actual conduct. If we start with the assumption that criminal law involves a violation of fundamental societal values, then we seek to create a model code that requires personal moral fault before a person is subjected to punishment.

In short, we seek to blame and punish where there is an intent to do evil, what I think former Chief Justice Dickson referred to as a vicious intent. We see danger in any approach to a mental element that is rooted largely in an objective standard. We agree with Professor Don Stewart, whom we quoted at page 47 of our report, where he says in part:

Any wholesale resort to [an objective approach] could constitute a tool of repression against the less fortunate.

*[Translation]*

incorpore les valeurs de la charte. Nous nous sommes efforcés de rédiger un code qui retire à l'appareil judiciaire l'obligation de légiférer le droit, donc qui comble les lacunes du droit. Si le code est sensibilisé à la charge, comme nous pensons qu'il l'est, les juges n'auront plus qu'à jouer leur rôle traditionnel qui est d'appliquer la loi telle qu'elle leur est confiée par le Parlement.

Nous avons ajouté à notre code une déclaration de principe, en guise de préambule. Nous reconnaissons que le Parlement a adopté par le passé des mesures législatives comportant une déclaration de principe. La Loi sur les jeunes contrevenants en est un exemple évident. Nous voulons ainsi établir le contexte de l'objet qui sous-tend le droit pénal et le Code criminel.

Nous reconnaissons que notre déclaration n'est peut-être pas la plus complète ni le meilleur énoncé de principe, mais nous aimons le concept et nous recommandons qu'un nouveau code contienne une déclaration de principe. Nous le considérons comme un énoncé de la philosophie morale qui sous-tend le droit pénal. Nous sommes d'avis qu'elle ne devrait être utilisée que dans l'esprit du texte global du code. Autrement dit, nous considérons la déclaration de principe non pas nécessairement comme un guide d'interprétation, mais plutôt comme un énoncé de principe et de philosophie qui se retrouve dans tout le texte du code. Sans les principes, le texte réel devrait contenir cet esprit et cette philosophie morale.

Nous traitons de l'élément faute du crime. En rédigeant un passage sur l'élément moral, nous avons constaté que le code actuel ne contient aucun énoncé clair et met sur l'état d'esprit obligatoire pour qu'il y ait délit criminel et c'est pourquoi nous avons voulu rédiger un élément moral intelligible que comprendront des gens comme des jurés. Nous avons adopté comme thème sous-jacent le concept de la faute subjective.

Vince Del Buono m'a dit que notre modèle de Code criminel était l'apothéose de la subjectivité. Vous connaissez Vince Del Buono et vous savez qu'il propose des normes objectives dans le Code criminel. Vince et moi avons eu ce débat, en fait devant certains d'entre vous à une occasion quelconque, sauf erreur, au sujet de la législation relative à l'incendie criminel par négligence il y a quelques années.

Nous adoptons le concept de la faute subjective comme thème sous-jacent parce que le droit criminel porte sur la répréhensibilité morale personnelle. Il porte sur l'attribution d'une répréhensibilité morale à un acte réel. Si nous partons de l'hypothèse selon laquelle le droit criminel porte sur une violation de valeurs sociales fondamentales, nous cherchons ensuite à créer un code modèle qui exige qu'il y ait faute morale personnelle pour qu'une personne soit punie.

Bref, nous cherchons à blâmer et à punir lorsqu'il y a intention de mal faire, intention que l'ancien juge en chef Dickson a qualifiée, sauf erreur, d'intention malveillante. Nous jugeons dangereuse toute approche d'un élément moral fondé en grande partie sur une norme objective. Nous sommes d'accord avec le professeur Don Stewart, que nous avons cité à la page 54 de notre rapport. Il dit notamment ceci:

Tout recours systématique à [une approche objective] pourrait constituer un outil de répression contre les moins favorisés



## [Texte]

Our model code recognizes three mental states. Having now boldly said that we have a subjective theme that flows through our report, I'll immediately start moving away from that.

If I can turn to page 31 you'll see that we say there should be three mental elements for which criminal liability may flow: intent, knowledge, and recklessness. We define those. I think the definitions of intent and knowledge are clear, but recklessness is a problem. Historically it has been rather undefined. Our definition, as precise as we've tried to make it, must embrace an object of element or objective component. We recognize that this marks a departure from our subjective fault scheme.

However, we recognize equally that there is some conduct that is not based on a purely subjective state of mind that is potentially very harmful. In order to protect the public—and what else is the criminal law all about?—we have to hold people in these circumstances accountable to a standard of reasonableness.

Having said that, we don't wish to see criminal responsibility vested in a state of mind that involves civil negligence. We see the continuum of mental fault required for an act to be criminal stopping at the point where there is no subjective state of mind. That is the underlying theme.

As I say, there are times in this report where, driven by public policy considerations, we have had to move away from a purely subjective approach, but I think logically the subjective theme flows through the report and it really is the basis for this model code that we've crafted to be of assistance to you. That was the aim of it, and here it is. It's rooted in subjective *mens rea*, a subjective fault.

Now, Mr. Chairman, my proposal is to ask the other members of the task force who are present, in order of Professor Ferguson, Michelle Fuerst and Sheldon Pinx, to take. . . We have divided up chunks of this report to address you and we hope that there will be time—we're sure there will be time—for dialogue and to assist you in any way we can.

I caution you that the way we approach this is largely the way we approached it when we were debating it around the table in those various meetings. That is, if you ask a question of me, you may not get an answer from me. It may be Mr. Pinx who jumps in. He's wont to do that. That's his personality. You can't cure him. It may also be Professor Ferguson who jumps in.

I would ask you to bear with us. I'll let Professor Ferguson give you his rendition of the things he has to deal with. Then it'll be Michelle Fuerst and Sheldon. If we can then have a dialogue, it would be a great thing.

Thank you very much for this opportunity. It's a culmination of a lot of work and some vision that we had and we're happy to be here.

## [Traduction]

Notre modèle de code reconnaît trois états moraux. Après avoir affirmé audacieusement qu'un thème subjectif transcende tout notre rapport, je vais commencer sur le champ à m'en écarter.

À la page 36, vous verrez que nous affirmons qu'il devrait y avoir trois éléments moraux pour qu'il y ait responsabilité criminelle, soit l'intention, la connaissance et l'imprudence. Nous définissons ces éléments. Je crois que la définition de l'intention et de la connaissance sont claires, mais celle de l'imprudence pose un problème, car ce terme a toujours été mal défini. Aussi précise que nous ayons essayé de la rendre, notre définition doit englober un objet d'élément ou d'objectivité. Nous reconnaissons que cela s'écarte de notre principe de la faute subjective.

Nous reconnaissons toutefois aussi que certains actes ne sont pas fondés sur un état d'esprit purement subjectif qui peut être très nuisible. Afin de protéger le public—et n'est-ce pas là le rôle du droit criminel?—il faut que les gens dans de telles circonstances rendent des comptes en fonction d'un niveau de raisonabilité.

Cela dit, nous ne tenons pas à voir la responsabilité criminelle fondée sur un état d'esprit qui comporte un élément de négligence civile. Selon nous, le continuum de défaut moral requis pour qu'il y ait acte criminel s'arrête là où il n'y a plus d'état d'esprit subjectif. C'est donc là le thème sous-jacent.

Comme je l'ai dit, il est arrivé dans ce rapport que, poussés par des considérations de la politique publique, nous avons dû délaisser une approche purement subjective, mais je crois qu'en toute logique, le thème de la subjectivité se retrouve dans tout le rapport et qu'il constitue vraiment la base de ce modèle de code que nous avons créé pour vous aider. Tel était le but de l'exercice, et le voici. Il est fondé sur le *mens rea* subjectif, la faute subjective.

Je propose maintenant, monsieur le président, de demander aux autres membres du groupe de travail présents, soit au professeur Ferguson, à Michelle Fuerst et à Sheldon Pinx, dans l'ordre, de prendre—chacun de nous s'est réservé une partie du rapport pour prendre la parole devant vous et nous espérons avoir le temps—nous sommes sûrs que nous l'aurons—de dialoguer et de vous aider dans toute la mesure où nous le pourrions.

Je vous préviens que nous abordons le débat en grande partie de la même façon que nous avons abordé la question lorsque nous en avons débattu autour de la table au cours de ces diverses réunions. C'est-à-dire que si vous me posez une question, ce n'est peut-être pas moi qui répondrai. Ce sera peut-être M. Pinx qui le fera. Il a cette tendance, c'est un trait incurable de sa personnalité. Il se peut que le professeur Ferguson intervienne, lui aussi.

Je vous prie donc d'être patients avec nous. Je vais laisser le professeur Ferguson vous faire part de l'objet de ses travaux. Nous passerons ensuite à Michel Fuerst et à Sheldon. Si nous pouvons alors dialoguer, tout ira bien.

Je vous remercie beaucoup de cette occasion, qui est le point culminant d'une importante somme de travail et d'une vision que nous avons eue. Nous sommes ravis d'être ici.



[Text]

**The Chairman:** Professor Ferguson.

**Professor Gerry Ferguson (Faculty of Law, University of Victoria):** Thank you very much, Mr. Chairman. I'm wondering if, prior to my carrying on with my portion, you want to ask Mr. Peck any questions. We had discussed the difficulty. What if we present all in a row? I might go on for 20 to 30 minutes. I'll be covering at least six topics. Mr. Peck has dealt with the mental element in crime. I'll be dealing with the physical element and a few defences, then we'll carry on.

We're just not sure of this and maybe some direction from you would be helpful. Would you like to interject as we proceed?

**The Chairman:** I think you should go through your presentation, because we want to get it on the record for sure. However, try to make it as short as you reasonably can, of course. We will have time to study the record after and our experts will have time to study your record. We do have questions for you, there's no doubt about that. I think we should wait and then we'll just put them out.

**Prof. Ferguson:** Very good. Thank you very much.

**The Chairman:** Do you want me to cut you off, Professor Ferguson, in 15 minutes? Will that bring some discipline?

**Prof. Ferguson:** That might help. I'll move swiftly.

The area where I am going to start is on page 17 of the report. It starts with the physical elements necessary for general principles of criminal liability. I don't intend to say anything, but I am happy to answer questions with regard to section 1 that simply includes within the Criminal Code the principle of legality. It's already included in the charter, but we feel that including it in the Criminal Code is also appropriate.

I really want to start with sections 2, 3 and so on. The first thing I want to say is that the present Criminal Code is incomplete to the extent that it does not fully recognize all the essential elements necessary for criminal liability, and in that context it is incomplete when one speaks about the mental element. It's also incomplete when one speaks about the physical element that's often referred to by lawyers, as you would know, as *actus reus*.

It's our intention, therefore, in section 2 of the code to make it clear in understandable language that criminal liability is really premised upon three essential elements. One is the mental element, the next is the physical element, and the third, of course, is the absence of any lawful justification or excuse. We feel it is beneficial to set that out clearly early on in the provisions and we have done so.

Having done so, we then go on to define those terms. We make it clear in section 3 that prohibited conduct refers to really three different types of conduct. One is what you might refer to as acts. The second is what you might refer to as omissions. The third is what you might refer to as simply a state of affairs. There are a few examples of states of affairs in the Criminal Code which we refer to in the document itself.

[Translation]

**Le président:** Professeur Ferguson.

**M. Gerry Ferguson (professeur, Faculté de droit, Université de Victoria):** Merci, monsieur le président. Je me demande si, avant que j'aborde ma partie, vous voudriez poser des questions à M. Peck. Nous avons discuté du problème. Que se passerait-il si nous présentions chacun notre exposé à tour de rôle? Je pourrais parler pendant 20 à 30 minutes, et traiter d'au moins six sujets. M. Peck a parlé de l'élément moral du crime. Je parlerai de l'élément matériel et de quelques moyens de défense, et nous poursuivrons ensuite.

Nous ne savons pas trop comment nous y prendre et il serait peut-être utile que vous nous donniez des directives. Voudriez-vous intervenir pendant que nous parlons?

**Le président:** Je crois que vous devriez présenter votre exposé, parce que nous voulons le verser au compte rendu. Je vous prie toutefois d'être aussi bref que vous pouvez raisonnablement le faire, bien entendu. Nous aurons le temps d'étudier le compte rendu par la suite, et nos experts aussi. Nous aurons certainement des questions à vous poser. Je crois que nous devrions attendre et vous les poser par après.

**M. Ferguson:** Très bien. Merci beaucoup.

**Le président:** Professeur Ferguson, voulez-vous que je vous interrompe dans 15 minutes? Cela vous imposera-t-il une certaine discipline?

**M. Ferguson:** Cela pourra aider. Je vais avancer rapidement.

Je vais commencer à la page 19 du rapport, où il est question des éléments matériels nécessaires aux principes généraux de la responsabilité criminelle. Je n'ai pas l'intention de dire quoi que ce soit, mais je répondrai avec plaisir aux questions sur l'article 1 qui fait simplement figurer au Code criminel le principe de la légalité. Ce principe figure déjà dans la Charte, mais nous sommes d'avis qu'il convient aussi de le faire figurer au Code criminel.

Je vais donc commencer par les articles 2, 3 et ainsi de suite. Je dois d'abord dire que dans sa version actuelle, le Code criminel est incomplet dans la mesure où il ne reconnaît pas entièrement tous les éléments essentiels nécessaires pour qu'il y ait responsabilité criminelle. Dans ce contexte, il est incomplet lorsqu'on parle de l'élément moral. Il l'est aussi lorsqu'il est question de l'élément matériel auquel font souvent allusion les avocats, comme vous le savez, lorsqu'ils utilisent l'expression *actus reus*.

C'est pourquoi nous avons l'intention, à l'article 2 du code, de préciser clairement en termes compréhensibles que la responsabilité criminelle est en réalité fondée sur trois éléments essentiels. Il y a d'abord l'élément moral, puis, l'élément matériel et enfin, bien entendu, l'absence de toute justification légale ou excuse. Nous sommes d'avis qu'il est avantageux d'établir clairement ce principe au début des dispositions, et c'est ce que nous avons fait.

Nous passons ensuite à la définition de ces expressions. Nous précisons clairement à l'article 3 que l'acte interdit désigne en réalité trois types d'actes différents. Il y a premièrement ce que l'on pourrait qualifier d'acte. Et ensuite, ce que l'on pourrait considérer comme une omission. En troisième lieu, on trouve ce que l'on pourrait qualifier simplement d'état de chose. Il y a, dans le code criminel, quelques exemples d'état de chose auxquels nous faisons allusion dans le document même.

*[Texte]*

I think there is nothing too new or novel about those matters other than bringing some clarity and comprehensiveness to the document, and we encourage you to seriously consider those matters.

Section 4 of the document, on page 18, refers to the law of omissions. I think we have altered the existing law to a certain extent here in one important respect. We've said that an omission should be punishable only when the duty to act is clearly set out in the Criminal Code itself. If a matter is so important that failure to perform that duty is to be punishable criminally, then citizens are entitled to know what those duties are. The current position in our law permits criminal punishment for omission of a duty, which duty may be found in unwritten case law or may be found buried in some statutes or regulations that no reasonable person, in fact no reasonable lawyer, might be expected to know.

• 1535

We feel that the Criminal Code should be comprehensive, and in that respect, therefore, duties should be clearly spelled out in it and one would be liable only for breach of duties that are clearly specified in the code. So we think that's an improvement in the criminal law. Albeit that one could argue it's an alteration of the existing law, we would say that it is an improvement making the law comprehensible and comprehensive for the average citizen.

I might add that the Law Reform Commission of Canada has recommended a similar approach to including a specification within the Criminal Code of the duties for which one would be liable for failure to act.

The next provision we include in our code is one on causation. Again, here is a fundamental element of criminal liability for at least a significant number of crimes, yet our existing Criminal Code is totally silent on the issue of causation. Again, we feel that if the document is to be rational and comprehensive, there should be a clear, simple, and understandable statement on causation.

Causation is a matter in which there is some theoretical controversy at the outer fringes; hence, we have not attempted to codify a rule of causation, which brings one into casuistry that would be highly unlikely to occur in the day-to-day realities of the courtroom. However, we do believe that we've adopted a very clear and precise statement that is very close to what the current standard of the criminal law demands. I might add that it's a standard that has also been approved and adopted by the working group with regard to homicide, which did some work a few years ago and is referred to in your green document.

*[Traduction]*

Je crois qu'il n'y a rien de bien nouveau ou novateur au sujet de ces questions, sauf que nous clarifions et complétons un peu le document. Nous vous encourageons à étudier sérieusement ces questions.

L'article 4 du document, à la page 20, traite du droit des omissions. Je crois que nous avons modifié le droit actuel jusqu'à un certain point à l'égard d'un aspect important. Nous avons dit qu'une omission ne devrait être punissable que lorsque l'obligation d'agir est prévue clairement dans le code criminel même. Si une question est tellement importante que l'omission d'agir comme il se doit doit être punissable au criminel, les citoyens ont alors droit de savoir quelles sont ces obligations. La loi permet actuellement les sanctions criminelles dans les cas d'omission d'une obligation que l'on peut trouver dans la jurisprudence non écrite, ou enfouie dans des lois ou des règlements qu'aucun citoyen raisonnable, voire aucun avocat raisonnable, n'est obligatoirement censé connaître.

Nous sommes d'avis que le Code criminel devrait être complet et que les obligations devraient donc y être énoncées clairement. Il ne faudrait donc être passible de sanctions que dans les cas de manquement aux obligations énoncées clairement dans le code. C'est pourquoi nous considérons qu'il s'agit là d'une amélioration du droit criminel. On pourrait peut-être prétendre qu'il s'agit d'une modification du droit actuel, mais nous soutiendrions qu'il s'agit d'une amélioration qui rend la loi compréhensible et complète pour le citoyen moyen.

Je pourrais ajouter que la Commission de réforme du droit du Canada a recommandé une approche semblable, soit de faire figurer au Code criminel une description des obligations à l'égard desquelles une personne serait passible de sanction pour omission d'agir.

La disposition suivante que nous ajoutons au code a trait à la causalité. Il s'agit dans ce cas aussi d'un élément fondamental de la responsabilité criminelle dans au moins un nombre important de crimes, mais le Code criminel actuel ne contient absolument rien au sujet de la causalité. Là encore, nous sommes d'avis que pour être rationnel et complet, le document doit contenir un énoncé clair, simple et compréhensible de la causalité.

La causalité est une question qui suscite certaines controverses théoriques à la périphérie. C'est pourquoi nous n'avons pas essayé de codifier une règle de causalité, ce qui nous entraînerait dans une casuistique qui aurait très peu de chances de se produire dans la réalité quotidienne des tribunaux. Nous croyons toutefois avoir adopté un énoncé très clair et précis qui se rapproche énormément de la norme actuelle des exigences du droit criminel. Je tiens à ajouter qu'il s'agit d'une norme qui a été approuvée et adoptée aussi par le groupe de travail sur l'homicide, qui a effectué des travaux il y a quelques années et dont il est question dans votre document vert.



[Text]

The standard we've suggested is that a person will be held criminally responsible for causing a result if that person's contribution has significantly contributed to that result. Consistent with existing law, we say that a significant contribution doesn't have to be the sole contribution, the only contribution, or even the main contribution, but it has to be a significant contribution.

We leave the judgment of significant, of course, as all those matters must be, ultimately to a trier of fact in an individual case. The judge or the jury will have to determine, upon all the facts in a particular case, when a cause is significant and when it is not.

We also make it clear in our document that there may be some causes that would otherwise have been significant but for the fact of an independent intervening cause. There are a few examples of those. They are rather rare, but I think it's important and they serve for much of the fodder for the debate on causation. We've taken a clear position on that which is consistent with the position the courts have also adopted on it.

With regard to causation, I think we have provided a clear and simple standard, one that can be applied by judge and jury, and I think it's important that it be included in the Criminal Code. Arguably we've altered the standard slightly from the standard of the Supreme Court of Canada at the moment, called the *de minimis* standard. We've said it should be a significant contribution. To that extent it's fair to say that we've perhaps expanded the law, but I know of a few people who argue that the *de minimis* standard, anything that's one inch above trivial, should be sufficient causation to hold a person criminally responsible. So we feel quite confident with the standard of significant and allowing the judge and jury to pour a content into that particular word.

That takes care of causation. The next two sections deal with involuntary conduct. The first is involuntary conduct that is of a conscious sort: a spasm, a reflex action. If you accidentally fall down the stairs and you bump into someone, is that an assault? We would argue that it ought not to be, because your conduct was not voluntary. You were awake; you were conscious as you rolled down the steps and hit somebody, but the rolling down the steps was conscious conduct, not voluntary conduct, and therefore ought not to be criminalized.

• 1540

The law recognizes that at the moment, but again, it's not codified. We suggest that to be complete, it should be codified. In particular, we attempt to specify what some of those common forms of conscious involuntary behaviour are.

In section 7 we go on to deal with one special type of involuntary behaviour, involuntary behaviour that is also unconscious. That tends to be characterized by the medical profession and the legal profession as "automatism". Part

[Translation]

La norme que nous avons proposée, c'est qu'un accusé sera tenu criminellement responsable d'avoir causé un résultat si son intervention a contribué de façon significative audit résultat. Conformément au droit actuel, nous affirmons qu'une contribution importante n'a pas à être la seule et unique contribution, ni même la principale. Elle doit toutefois être importante.

Quant à l'importance de toutes ces questions, il faut bien entendu nous en remettre en bout de ligne au procès de fait dans une affaire en particulier. Ce sera au juge ou au jury de déterminer, en fonction de tous les faits d'une affaire en particulier, quand une cause est importante et quand elle ne l'est pas.

Nous précisons en outre clairement dans notre document qu'il peut y avoir des causes qui auraient été importantes autrement, n'eût été d'une intervention indépendante. Il y a quelques exemples de tels cas. Ils sont plutôt rares, mais je crois qu'ils sont importants et qu'ils apportent beaucoup d'eau au moulin du débat sur la causalité. Nous avons adopté à cet égard une position claire et nette qui concorde avec celle que les tribunaux ont aussi adoptée.

En ce qui a trait à la causalité, je crois que nous avons établi une norme claire et simple, que peuvent appliquer un juge et un jury. Je crois qu'il est important de la faire figurer au Code criminel. On pourra prétendre que nous avons modifié légèrement la norme par rapport à celle qu'applique actuellement la Cour suprême du Canada, soit la norme *de minimis*. Nous avons dit qu'il devrait s'agir d'une contribution importante. Dans cette mesure, il peut être juste de dire que nous avons peut-être élargi la loi, mais je connais des gens qui soutiennent que la norme de *de minimis*, tout ce qui dépasse à peine l'insignifiant, devrait constituer une causalité suffisante pour tenir une personne responsable sur le plan criminel. C'est pourquoi nous avons beaucoup confiance en la norme relative à l'importance et nous croyons qu'il faut permettre au juge et au jury d'y attribuer un contenu.

Voilà donc pour la causalité. Les deux articles suivants portent sur l'acte involontaire. Le premier porte sur l'acte involontaire conscient comme le spasme, le réflexe. Si vous faites une chute accidentelle dans un escalier et vous heurtez quelqu'un, s'agit-il d'une agression? Nous affirmerions que cela ne doit pas en être une parce que l'acte n'a pas été volontaire. Vous étiez éveillé, conscient lorsque vous avez dégringolé l'escalier et heurté quelqu'un, mais la dégringolade était un acte conscient mais non volontaire. Il ne faut donc pas le criminaliser.

La loi le reconnaît pour le moment, mais là encore, rien n'est codifié. Nous sommes d'avis qu'il faudrait le faire pour que le code soit complet. Nous essayons plus particulièrement de préciser certaines formes communes d'actes involontaires conscients.

À l'article 7, nous abordons un type spécial d'actes involontaires, soit l'acte involontaire qui est aussi inconscient. Les professions médicales et légales ont tendance à qualifier cet acte d'«automatisme». Nous avons établi une distinction

*[Texte]*

of the reason why we've distinguished between conscious and unconscious voluntariness is that the very concept of automatism is very complex, the definition is very complex, and we thought it was easier to draft section 6 by itself and deal with section 7 by itself.

I notice the law teachers in their submission will be suggesting it's perhaps too complex. Well, what they're really talking about, it seems to me, is a question of drafting, as opposed to a difference of opinion as to whether the two should be recognized. So if one can find a way of drafting this in a simpler fashion, certainly the task force has no objection. But what we want to emphasize is that we do believe all forms of involuntary conduct we've identified here are in fact deserving of codification, and we think we have a reasonable scheme for approaching that.

On the issue of automatism itself, in 7, I guess it would be fair to say the first thing we've done is we've codified. Once again, automatism is a recognized defence in Canada, but it's recognized only because the Supreme Court of Canada has recognized it. It's unwritten. It's common law. We feel that's improper. It should be in the Criminal Code, if it's a defence. I think no one departs from the view that automatism ought to be a defence in one fashion or another.

Assuming it's a defence and assuming it would be codified, then we've gone ahead with defining it. We've defined it in a way that is consistent with the majority opinion of the Supreme Court of Canada. The only matter I think we've changed significantly is in paragraph 5 we've clarified that automatism will not provide a defence for persons where their state of automatism has been brought about by their own fault. Again, since our code is based on fault, we feel that's an appropriate deviation therefrom.

I have three other topics to deal with. That takes care of the physical element of the crime. My other three topics are, first, mental disorder, which is a topic I will also have some separate comments to make... The way I prepared my separate brief is to say the comments I make on mental disorder as an individual first agree with what is in this report, but simply go on and consider some matters the task force did not consider. What I want to do at the moment is look at what the task force has done and describe that for you, and if there's time after this submission I can point out where I think we could add additional provisions dealing with mental disorders in general.

I should point out to you that in our task force report we're now dealing with mental disorder. That starts at page 59.

*[Traduction]*

entre l'acte volontaire conscient et inconscient en partie parce que le concept même de l'automatisme est très complexe, tout comme sa définition, et nous avons cru qu'il était plus facile de rédiger l'article 6 d'un côté et d'aborder l'article 7 ensuite.

Je remarque que les professeurs de droit donnent à entendre dans leur mémoire que la question est peut-être trop complexe. Il me semble que ce dont ils parlent en réalité, c'est d'une question de libellé et non d'une différence d'opinion quant à savoir lequel des deux il faudrait reconnaître. Si l'on peut trouver une façon de rédiger cette disposition de façon plus simple, le groupe de travail n'y verrait certes aucune objection. Nous tenons toutefois à souligner que nous sommes d'avis que toutes les formes d'actes involontaires que nous avons décrites ici, méritent en fait d'être codifiées et que nous croyons avoir une façon raisonnable de s'attaquer à la tâche.

Quant à l'automatisme proprement dit, à l'article 7, je suppose qu'il serait juste de dire que nous avons commencé par codifier. Là encore, l'automatisme est un moyen de défense reconnu au Canada, mais s'il est, c'est uniquement parce que la Cour suprême du Canada l'a reconnu. Il n'y a rien d'écrit. C'est du droit coutumier. Nous sommes d'avis que cela ne convient pas. Si c'est un moyen de défense, il devrait se trouver dans le Code criminel. Je crois que personne ne rejette l'opinion selon laquelle l'automatisme devrait être un moyen de défense d'une façon ou d'une autre.

En supposant qu'il s'agit d'un moyen de défense et qu'il serait codifié, nous sommes allés de l'avant et l'avons défini. Nous l'avons défini d'une façon qui concorde avec l'avis majoritaire de la Cour suprême du Canada. La seule modification importante à mon avis que nous avons apportée se trouve au paragraphe 5 où nous avons précisé que l'automatisme ne constituerait pas un moyen de défense pour les personnes qui sont elles-mêmes à l'origine de leur état d'automatisme. Là encore, comme notre code est basé sur la faute, nous sommes d'avis qu'il s'agit là d'un écart approprié.

Voilà donc pour l'élément matériel du crime. Mes trois autres sujets sont, d'abord, les troubles mentaux sur lesquels j'aurai aussi d'autres observations à faire... J'ai préparé mon mémoire personnel en faisant valoir que les commentaires que je présente sur les troubles mentaux à titre personnel concordent d'abord avec le contenu du rapport, et ensuite j'aborde des questions que le groupe de travail n'a pas abordées. Ce que je veux faire pour le moment, c'est parler de ce que le groupe de travail a fait et vous décrire ses travaux. Si nous avons le temps après cet exposé, je pourrai vous indiquer où nous pourrions à mon avis ajouter d'autres dispositions portant sur les troubles mentaux en général.

Je dois vous signaler que dans le rapport de notre groupe de travail, il est maintenant question des troubles mentaux, à partir de la page 66.



## [Text]

As with many of our provisions, I would like to start by saying I think our objective in looking at this provision was to draft a clear and comprehensive statement of when mental disorder should excuse from criminal liability; a clear and comprehensive statement of when mental disorder should excuse. That's what we set out to do, and we think we've accomplished that.

Secondly, I would like to say we have accomplished that in part, we think, by using language that is sufficiently flexible and sufficiently non-technical to allow for advances in medicine, psychiatry, psychology, and biology, in the understanding of human behaviour—advances that are occurring on a daily basis—to allow those to be taken into account 5 years and 10 years and 15 and 20 years from now. Our draft on mental disorder is not tied to any specific medical terminology of the day. It uses general language, and the content of the specific knowledge of the day can be poured into our provision.

We feel that type of flexibility is important in this provision, in an area where knowledge is rapidly changing and in an area where we still have a very rudimentary understanding of the mind and how it operates. Certainly in many areas we do.

• 1545

The final point about mental disorder then, having set out our objective and the flexible non-medical language that we've used... I haven't seen the Canadian Psychiatric Association's brief. I understand they'll be speaking to you tomorrow. If their brief suggests that we move towards psychiatric, technical language, I would be opposed very strongly to that. I don't know that it does, but if that's their position, I would take issue with that. I think that, for the reasons I've already indicated, we ought to stick with language similar to what you find in our document.

The third matter is to say, well, when do we think mental disorder should be or ought to be a defence or an excuse for criminal conduct? In that context, in paragraph 11 of our document, page 59, we mirror the existing law, in paragraph 11(a), by acknowledging that the person who is "incapable of appreciating the nature and consequences" of the action not be held liable.

Second, we mirror the existing law, at least as it has recently been recognized by the Supreme Court of Canada in the Swain ruling, by saying that someone who is so mentally disordered that they don't appreciate that what they're doing is wrong, in a moral or legal sense, ought not to be punished, ought to be excused on the basis of mental disorder.

Neither of those should be controversial. They're currently recognized in the law and have been for a very long period of time.

## [Translation]

Comme dans le cas de beaucoup de nos dispositions, je vais commencer en disant que lorsque nous avons examiné cette disposition, nous voulions rédiger un énoncé clair et complet des cas où les troubles mentaux devraient permettre d'échapper à la responsabilité criminelle, à un énoncé clair et complet des cas où les troubles mentaux devraient constituer un moyen de défense. C'est ce que nous voulions faire, et je crois que nous y avons réussi.

Deuxièmement, je tiens à ajouter que nous y avons réussi en partie, selon nous, en utilisant des termes assez flexibles et non techniques pour tenir compte des progrès de la médecine, de la psychiatrie, de la psychologie et de la biologie, qui aident à comprendre le comportement de l'être humain—progrès qui se produisent chaque jour—afin que l'on puisse en tenir compte dans 5, 10, 15 et même 20 ans. Notre projet de texte sur les troubles mentaux n'est lié à aucune terminologie médicale d'aujourd'hui. Nous y utilisons un langage général et l'on pourrait intégrer à notre disposition la teneur des connaissances précises d'aujourd'hui.

Nous croyons que ce genre de flexibilité est important dans cette disposition, dans un domaine où les connaissances évoluent rapidement et où nous n'avons encore qu'une connaissance très rudimentaire de l'esprit et de son fonctionnement. C'est certainement le cas dans nombre de domaines.

Donc, pour en finir avec la question des troubles mentaux, après avoir fixé notre objectif et compte tenu de la formulation souple et de type non médical que nous avons utilisée... Je n'ai pas vu le mémoire de l'Association des psychiatres du Canada. Si je comprends bien, vous allez entendre ses représentants demain. Si cette association propose dans son mémoire d'employer une formulation plus technique, davantage axée sur la psychiatrie, j'y suis carrément opposé. Je ne sais pas si c'est le cas, mais, dans cette éventualité, je ne suis pas d'accord du tout. Je considère que pour les raisons que j'ai indiquées tout à l'heure, nous devons nous en tenir à une formulation du genre de celle que vous trouvez dans notre document.

Sur un troisième point, nous sommes appelés à nous demander à partir de quel moment les troubles mentaux peuvent ou doivent constituer un moyen de défense ou une circonstance atténuante lorsqu'un acte criminel a été commis. De ce point de vue, au paragraphe 11 de notre document, page 59, nous reflétons les dispositions de la loi actuelle, à l'alinéa 11a), en reconnaissant qu'une personne «incapable d'apprécier la nature et les conséquences» d'un acte ne doit pas en être tenue responsable.

En second lieu, nous reflétons les dispositions de la loi actuelle, du moins telles qu'elles ont été entérinées récemment par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Swain, en affirmant qu'une personne souffrant de troubles mentaux suffisamment graves pour ne pas pouvoir se rendre compte que ce qu'elle fait est mal, au sens moral ou juridique du terme, ne doit pas être punie, doit être exonérée en raison de ses troubles mentaux.

Il n'y a aucune raison pour que ces deux questions soient controversées. Ces réalités sont reconnues dans la loi actuelle et elles le sont en fait depuis très longtemps.

[Texte]

Third, we encourage you very strongly however to consider adopting paragraph (c), which also would be new and which indicates that persons should be excused for mental responsibility if, due to mental illness, they're incapable of conforming their behaviour to the requirements of the law.

There's a very fundamental reason why that provision ought to be recognized. The fundamental reason for that is that criminal liability is based upon two premises, and clauses (a) and (b) recognize the first premise. The first premise is you ought not to be punished if you can't reason between right and wrong. If you don't know what you're doing, if you can't reason, you ought not to be punished. The law recognizes that and it ought to.

The other premise, however, is that you ought not to be punished if you cannot choose to engage in conduct. Hence, in other parts of the document, in other parts of the criminal law, persons whose volition is impaired, we excuse them—duress, necessity, automatism.

Yet in insanity we are unprepared to acknowledge that so far in our law. I suggest that's wrong. I suggest the task force has taken a principled approach and has indicated that an accused who, due to mental disorder, has a lack of volition, a lack of ability to exercise the volition that you and I have, is not deserving of punishment under the criminal law.

I just reiterate because it is so fundamentally important. There are two reasons why we attribute blame to persons. First, because you and I as ordinary citizens are assumed to be able to reason. You and I are assumed to be able to figure out what is right and wrong, to know what is right and wrong. Then we are punished, because you and I chose to do wrong. We chose, we had some volition. We had some ability to make that choice. If that ability is impaired due to mental illness, it's fundamentally unfair, and I would argue also contrary to the charter to punish for that conduct.

That is where, I think, our mental disorder provision is a significant change from the existing law, but one that we're prepared to argue as a supportable change.

In addition, I would draw to your attention another point, and perhaps my own document sets it out in a little bit more detail. We take a strong position that the burden of proof in insanity should be the ordinary burden of proof on the Crown, that insanity is not unique. Automatism, self-defence, mistake of fact, intoxication are all defences to crime. They're all situations where the Crown carries the burden of proof beyond a reasonable doubt.

[Traduction]

En troisième lieu, nous vous incitons très fortement à envisager d'adopter les dispositions de l'alinéa c), elles aussi nouvelles, aux termes desquelles une personne devrait être exonérée pour aliénation mentale si, en raison d'une maladie mentale, elle est dans l'incapacité d'ajuster son comportement en fonction des exigences de la loi.

Il convient d'adopter une telle disposition pour une raison tout à fait fondamentale. Cette raison fondamentale, c'est que la responsabilité pénale est fondée sur deux critères, le premier d'entre eux étant reconnu aux termes des dispositions des alinéas a) et b). Le premier critère, c'est que l'on ne peut être sanctionné lorsqu'on ne sait pas faire la distinction entre le bien et le mal. Celui qui ne sait pas ce qu'il fait, qui n'est pas en mesure d'apprécier la portée de ses actes, ne doit pas être sanctionné. La loi reconnaît cette réalité, comme il se doit d'ailleurs.

Le deuxième critère, pour sa part, consiste à dire que celui qui n'est pas en mesure de choisir de faire ou de ne pas faire tel ou tel acte ne doit pas être sanctionné. C'est pourquoi nous exonérons, dans d'autres parties du document, dans d'autres parties de notre droit pénal, les personnes dont la volonté est viciée, que ce soit sous l'empire de la contrainte, de la nécessité ou de l'automatisme.

Pourtant, lorsqu'il s'agit d'aliénation mentale, notre droit n'est pas disposé à aller jusque-là et moi, je dis que c'est un tort. À mon avis, le groupe d'étude s'en est tenu au principe en indiquant qu'un accusé qui en raison d'un trouble mental ne peut faire preuve de volonté, ne peut exercer la volonté que nous avons vous et moi, ne mérite pas d'être puni aux termes des dispositions du droit pénal.

Je vous le répète parce que cela revêt une importance fondamentale. Lorsque nous rejetons le blâme sur quelqu'un, c'est pour deux raisons. En premier lieu parce que vous comme moi, comme tout commun des mortels, nous sommes censés avoir la capacité de raisonner. Vous comme moi, nous sommes censés pouvoir faire la distinction entre le bien et le mal, savoir ce qui est bien et ce qui est mal. Si nous sommes punis, c'est parce que nous avons choisi de faire le mal. Nous avons choisi, nous avons exercé notre volonté. Nous étions en mesure de faire ce choix. Si cette capacité est remise en cause par une maladie mentale, il est fondamentalement injuste de nous punir et j'irais même jusqu'à dire que c'est aussi contraire aux dispositions de la Charte.

C'est pourquoi, à mon avis, la disposition que nous avons élaborée en matière de troubles mentaux représente un changement important par rapport à la loi actuelle, mais il s'agit d'un changement que nous sommes en mesure de défendre parce qu'il nous paraît raisonnable.

Je voudrais aussi attirer votre attention sur un autre point, qui est peut-être d'ailleurs traité un peu plus en détail dans mon document. Nous affirmons avec force que la charge de la preuve en matière d'aliénation mentale doit être la même pour le ministère public que dans tous les autres cas, et que l'aliénation mentale n'est pas une chose à part. L'automatisme, la légitime défense, l'erreur de fait, l'état d'ivresse sont tous des moyens de défense en droit pénal. Dans chaque cas, le ministère public a la charge de prouver la réalité de l'infraction hors de tout doute raisonnable.



## [Text]

It's a historic anomaly that the burden is on the accused in insanity. We say it is a historic anomaly that is no longer justified, and we say it is no longer necessary. We point to some data in jurisdictions where the burden is on the state, on the Crown.

The document refers to a brief study I did in the United States. I examined states where the burden was on the Crown. I looked at insanity cases for one year in those states. There were 30 cases where insanity was raised. The Crown had the burden of proving that the accused was not insane. Guess what? Twenty-eight times out of thirty the Crown won. The crown established, or the accused failed to establish insanity.

The allegation is that it's unfair to put the burden on the Crown in insanity, as if it's something different. I assert, and I think the task force asserts, it is not the case. I think the data from other jurisdictions indicate that this need not be the case.

• 1550

We say it is a historic anomaly; it is contrary to general principle, and the only other argument is that it is necessary. We say it is not necessary. The data indicate that it is not, so why in principle deviate from the general rule. In that respect I think that is very important, Mr. Chairman, and members of the subcommittee.

You did say you were going to restrict me to 15 minutes. I am already at 20 and I haven't dealt yet with intoxication or mistake of fact. I think mistake of fact I can probably deal with in less than a minute.

Intoxication, with the permission of my colleagues, I think I should probably address. I think it is an important issue and you will certainly want to know what our position is on this subject. In summary I would say that the task force has taken a principled approach to intoxication, which, in our opinion, provides the public with greater protection from intoxicated behaviour than the existing law. I want to set out how our scheme, we feel, provides that greater protection; yet it is still a principled approach to the problem of the intoxicated offender.

Our provisions on intoxication start on page 100 of the task force report. They are found in section 16 of our proposals. Our scheme, starting with subsection (1), provides that if there is no mental element or *mens rea* for a particular crime charged due to intoxication, then that offence has not been proven, and the accused ought not to be and cannot be convicted of that particular offence.

## [Translation]

Le fait que l'accusé ait la charge de la preuve en matière d'aliénation mentale constitue une anomalie historique. Nous affirmons que c'est une anomalie historique qui n'est plus justifiée et nous disons qu'elle n'est plus nécessaire. Nous faisons état de certaines statistiques dans des juridictions qui imposent à l'État, au ministère public, la charge de la preuve.

Le document renvoie à une brève étude que j'ai faite aux États-Unis, et qui portait notamment sur les États dans lesquels le ministère public avait la charge de la preuve. J'ai examiné les affaires d'aliénation mentale qui pendant un an sont passées devant les tribunaux dans ces États. Il y a eu 30 affaires dans lesquelles la question de l'aliénation mentale a été soulevée. Le ministère public avait la charge de prouver que l'accusé ne souffrait pas d'aliénation mentale. Or, que constate-t-on? Vingt-huit fois sur trente, le ministère public a en gain de cause, soit qu'il a réussi à établir qu'il y avait aliénation mentale, soit que l'accusé n'a pas réussi à l'établir.

On prétend qu'il est injuste d'imposer la charge de la preuve au ministère public en matière d'aliénation mentale, comme s'il s'agissait de quelque chose de différent. Je soutiens, et je crois que c'est ce que dit aussi le groupe de travail, qu'il n'en est rien. Je considère que les statistiques qui nous viennent d'autres juridictions nous prouvent qu'il ne doit pas en être ainsi.

Nous considérons qu'il s'agit là d'une anomalie historique; qu'elle va à l'encontre des principes fondamentaux, et en outre, que c'est inutile. À notre avis, c'est inutile. Les statistiques nous montrent que cela ne change rien, alors pourquoi donc s'écarter sur le plan des principes de la règle générale? Je considère que cette question est très importante, monsieur le président et mesdames et messieurs les membres du sous-comité.

Vous m'avez dit que je n'aurais que 15 minutes pour mon intervention. J'en suis déjà à 20 minutes et je n'ai pas encore traité de l'état d'ivresse et de l'erreur de fait. Je devrais pouvoir traiter de l'erreur de fait en quelques mots.

L'état d'ivresse, avec la permission de mes collègues, est un sujet que je me dois d'aborder. C'est à mon avis une question importante et il est nécessaire que vous soyez mis au courant de notre position en la matière. Pour résumer, je dirai que le groupe de travail a adopté une position de principe pour ce qui est de l'état d'ivresse, laquelle, à notre avis, offre au public une meilleure protection que la loi actuelle contre le comportement des alcooliques. Je tiens à dire que notre démarche offre à notre avis une meilleure protection tout en respectant une position de principe face à la question des délinquants en état d'ivresse.

Les dispositions que nous préconisons en ce qui a trait à l'état d'ivresse commencent à la page 100 du rapport de notre groupe de travail. On les trouve à l'article 16 de nos propositions. Selon notre démarche, dont l'exposition commence au paragraphe 1, s'il n'y a pas d'élément relatif à l'intention coupable ou à la *mens rea* lorsque l'acte criminel qui est reproché est dû à l'état d'ivresse, l'infraction n'est donc pas prouvée et l'accusé ne peut pas et ne doit pas être reconnu coupable de cette infraction en particulier.

## [Texte]

We stick with principle on that. Offence requires a mental element, but if a mental element is not present how can we say that offence has occurred? That is the principled part. Does that by itself provide enough protection to society? We say it does not.

We have two exceptions to that general principle. The first one is set out in clause 2; when impairment itself, such as impaired driving, is one of the essential elements of the crime, then obviously intoxication ought not to be any type of a defence. That is both irrational and inconsistent. The exception does not apply to offences like impaired driving where intoxication is already an essential element of the very harm that society is prohibiting.

Secondly, we say in our proposal that if a person is going to be acquitted due to intoxication for a *mens rea* offence because that *mens rea* is not present, then such a person should be found guilty of an included offence of criminal intoxication. That criminal offence of criminal intoxication would acknowledge that getting drunk, getting very drunk, seriously drunk and risking and in fact ultimately causing criminal harm is conduct that society wants to denounce and is prepared to punish. Yet we want to call that conduct what it is, criminal intoxication, when you were so drunk you didn't have the mental element to commit the specific crime. We have created that.

We have also suggested that the new offence of criminal intoxication is principally designed to deal with dangerous conduct by persons who are highly intoxicated. We recommend that Parliament carefully review and list in schedule I the offences that should carry the included offence of criminal intoxication.

The last topic I was to address is mistake of fact. It is dealt with on pages 50 to 58 of our document. The current law recognizes mistake of fact. Section 9 of our code also recognizes mistake of fact. We confirm that a mistake of fact to be a defence to a *mens rea* crime should be an honest mistake of fact as a general principle. However, in section 10 of our proposal we make it clear that the presence or absence of reasonable grounds is highly relevant for the judge or jury in deciding whether an accused really was honestly mistaken. We would argue that the more unreasonable the mistake, the more likely it is that the judge or jury will reject the accused's claim that he was really mistaken.

## [Traduction]

Nous en faisons une position de principe. Pour qu'il y ait infraction, il faut qu'il y ait un élément d'intention coupable et en son absence, alors, comment prouver qu'il y a eu infraction? C'est le principe que nous posons au départ. Est-ce que cela suffit à protéger suffisamment la société? Notre réponse est non.

Nous faisons deux exceptions dans le cadre de l'application de ce principe général. La première, vous la trouvez à l'article 2; lorsque l'état d'affaiblissement des facultés, tel que dans le cas de conduite avec facultés affaiblies, est l'un des éléments essentiels de l'infraction, l'état d'ivresse ne peut, bien sûr, pas constituer un moyen de défense. Ce serait à la fois illogique et contraire au principe. Le principe ne s'applique pas aux infractions telles que conduite avec facultés affaiblies ou le fait d'être en état d'ivresse constitue déjà l'un des éléments essentiels constitutifs du préjudice que la société veut justement empêcher.

En second lieu, nous disons dans notre proposition qu'à partir du moment où une personne est acquittée en raison de son état d'ivresse parce que l'intention coupable est absente, elle doit néanmoins être reconnue coupable d'une infraction intrinsèque d'état d'ivresse criminel. Cette infraction pénale relative à un état d'ivresse criminel tiendrait compte du fait que celui qui se saoule, qui se saoule profondément, qui devient complètement saoul, prend des risques et adopte en fait une conduite dangereuse criminelle que la société tient à dénoncer et qu'elle est disposée à sanctionner. Nous voulons donc qualifier véritablement le comportement qui est en cause, celui de l'état d'ivresse criminel, lorsque l'accusé est tellement saoul qu'il n'a plus l'élément relatif à l'intention coupable de commettre le crime. Nous avons donc créé cette infraction.

Nous nous sommes proposés avant tout, en créant cette nouvelle infraction caractérisée par l'état d'ivresse criminel, de lutter contre les comportements dangereux des délinquants qui sont profondément ivres. Nous recommandons que le Parlement fasse l'examen et dresse la liste au tableau 1 des actes criminels susceptibles de comporter une infraction intrinsèque d'état d'ivresse criminel.

Je vais aborder en dernier lieu la question de l'erreur de fait. Nous en traitons aux pages 50 à 58 de notre mémoire. La loi actuelle reconnaît l'existence de l'erreur de fait. L'article 9 de notre code reconnaît aussi l'erreur de fait. Nous confirmons, sur le plan des principes, que pour que l'erreur de fait puisse constituer un moyen de défense lorsque l'acte criminel qui a été commis exige qu'il y ait intention coupable, il faut que ce soit une erreur de fait commise de bonne foi. Toutefois, à l'article 10 de notre proposition, nous indiquons clairement que la présence ou l'absence de motifs raisonnables ont beaucoup d'importance aux yeux du juge ou du jury lorsqu'il s'agit de décider si l'accusé a véritablement commis une erreur de bonne foi. Nous soutenons que plus l'erreur apparaît déraisonnable, plus il est vraisemblable que le juge ou le jury vont rejeter la prétention de l'accusé selon laquelle il s'est trompé de bonne foi.



[Text]

[Translation]

• 1555

There's a clear connection between the honesty, or judging, or measuring the credibility of the accused's claim and the reasonableness of the grounds, but in regard to mistake of fact we resort to our general principle as the law currently is, with perhaps four statutory exceptions.

The law currently is that for a subjective *mens rea* crime the accused is entitled to a defence of mistake of fact. That defence must be honest. It need not be reasonable. But of course if it's unreasonable, judges and jury may seldom accept the proposition that it was really an honest mistake. We tend to disbelieve persons who tell us unreasonable stories, hence the protection laws in that latter factor.

That is the end of my submissions.

**The Chairman:** Thank you very much, Professor Ferguson. That's very helpful to us.

**Ms Michelle K. Fuerst (Member (Ontario), Criminal Code Recodification Task Force of the Canadian Bar Association):** Mr. Chairman, if one had to pick an area of our present criminal law that would best underscore Mr. Peck's comments about the need for a new Criminal Code, I would suggest to you that area would be the area of self-defence. You'll find our recommendations beginning at page 71 in the task force report.

At present our code provisions are contradictory, they're confusing, and they're overly complex. I say to you, with all due deference to the members of the judiciary of this and other provinces, that customarily judges who instruct juries on this area of the law find that they easily fall into error in those instructions. We know that because of the number of cases our appellate courts deal with that involve instructions concerning self-defence and that end up being sent back for retrial because errors have been made in the instructions to the juries.

We know as well that juries customarily have difficulty understanding this area of the law. The reason I say that is because, from the questions juries ask in these cases following the instructions given by the trial judge, we see very clearly that the concepts involved in our present law of self-defence are difficult for juries, for lay people, to comprehend. Therefore, what the task force has attempted to do in its recommendations in this area is to reduce a series of very complex provisions down to one clear standard. Essentially our recommendation at page 71 comes down to this, that a person can defend himself or herself if he or she acts reasonably. We believe that the recommendation we've made at page 71 encompasses a vast variety of situations that fall within the realm of self-defence.

Il y a un lien évident entre le fait d'être de bonne foi ou la façon dont on va juger ou mesurer la crédibilité des prétentions de l'accusé, et le caractère raisonnable des motifs, mais sur la question de l'erreur de fait nous nous en tenons à notre principe général tel que la loi l'exprime à l'heure actuelle, avec éventuellement quatre exceptions légales.

La loi actuelle dispose que lorsqu'un acte criminel a été commis pour lequel il faut prouver l'intention coupable, l'accusé a le droit de faire valoir pour sa défense une erreur de fait. Il faut que ce moyen de défense soit exprimé de bonne foi. Il n'a pas besoin d'être raisonnable. Bien entendu, s'il n'est pas raisonnable, il est bien rare que le juge et le jury acceptent de reconnaître qu'il s'agissait d'une erreur de bonne foi. Nous avons tendance à ne pas croire les gens qui nous racontent des histoires qui ne paraissent pas raisonnables; d'où la protection qu'offre la loi.

J'en ai fini de mon exposé.

**Le président:** Merci beaucoup, professeur Ferguson. Voilà qui nous sera très utile.

**Mme Michelle K. Fuerst (Membre (Ontario) du Groupe de travail sur la nouvelle codification du droit pénal de l'Association du Barreau canadien):** Monsieur le président, s'il faut choisir un domaine qui justifie que l'on vise comme l'a fait M. Peck tout à l'heure qu'il convient d'adopter une nouvelle codification du droit pénal, je dirais que c'est celui de la légitime défense. Vous trouverez nos recommandations à ce sujet à partir de la page 61 du rapport du groupe de travail.

À l'heure actuelle, les dispositions de notre code sont contradictoires, confuses et bien trop complexes. Je me permets de vous dire, malgré toute l'estime que j'ai pour les membres de la magistrature de cette province et des autres provinces du pays, qu'il n'est pas rare que les juges qui sont appelés à donner des instructions au jury dans ce domaine du droit s'aperçoivent qu'ils commettent facilement des erreurs. Nous savons bien que bon nombre d'affaires sont portées devant les cours d'appel sur la question des instructions données au sujet de la légitime défense et qu'ils faut ensuite les renvoyer devant le tribunal de degré inférieur pour reprendre le procès parce que des erreurs ont été commises lorsque les instructions ont été données au jury.

Nous savons aussi qu'il arrive souvent que les jurés aient bien du mal à comprendre cette particularité de la loi. J'en juge d'après les questions que posent les jurés une fois que les instructions leur ont été données par le juge de première instance, questions qui témoignent bien que les notions qu'impliquent à l'heure actuelle la légitime défense dans notre droit sont difficiles à comprendre pour les membres d'un jury, donc pour des non-juristes. En conséquence, notre groupe de travail s'est efforcé dans ses recommandations de ramener sur cette question toute une série de dispositions très complexes en un critère simple. En fin de compte, notre recommandation de la page 71 revient à dire qu'une personne a le droit de se défendre à partir du moment où elle agit raisonnablement. Nous considérons que la recommandation que nous avons faite à la page 71 englobe des situations très diverses qui ressortissent à la légitime défense.

## [Texte]

A second important aspect of our recommendation in this area is that self-defence should be extended to the defence of another person. You may say to me that's really not a novel concept because doesn't our law already deal with that notion? At present what our law says is that an individual can defend another person only if that person is under his or her protection. In a day and age when we are sensitive to matters, for example, of gender, I would suggest to you that this is a provision that is particularly limiting and outdated in both its language and its fundamental concept. One can envision, for example, the situation of a male who acts to defend an adult female who would not come within the present Criminal Code provision unless that adult female was found to be within the male's protection. That, I would suggest to you, is a concept that needs to be revised to meet the requirements of the modern age.

What the task force would do is remove the requirement that the other person must be someone under the accused's protection and simply extend the defence to any other person, with the circumstances left to the trier of fact, be it a judge or a jury, to determine, having regard to the basic fundamentals of self-defence as we've set out at page 71.

A related concept is that of the defence of property. Our recommendation is found at page 81 of the report. Essentially, I would suggest to you what we have done is to attempt to reflect the reality of life in modern society, which is that we recognize the primacy of human life, unlike the situation in the 1800s when the preservation of property was given precedence over the preservation of human life, and as a result certain common law concepts involving the defence of property came into being. The task force would say that in no circumstances would it ever be reasonable to intentionally cause death simply to protect one's own property. That I leave with you as a concept that is in keeping with modern day society and is the kind of concept that we need to create if we are to have a Criminal Code that will take us into the 21st century.

## [Traduction]

Le deuxième élément important de notre recommandation dans ce domaine, c'est que la légitime défense doit s'étendre au fait de se porter à la défense d'un tiers. Vous allez me dire que ce n'est pas nouveau car le choix existe déjà dans notre droit. À l'heure actuelle, notre droit prévoit que l'on ne peut se porter à la défense d'une tierce personne que si cette personne est placée sous notre protection. À une époque où nous sommes particulièrement sensibles aux rapports sexuels, par exemple, convenez avec moi qu'il s'agit là d'une disposition nettement restrictive et dépassée, que ce soit au niveau de la formulation ou du principe. On peut imaginer, par exemple, qu'un homme qui se porterait à la défense d'une femme ne pourrait pas se réclamer des dispositions actuelles du code criminel s'il n'était pas démontré que cette femme était placée sous sa protection. Il s'agit là à mon avis d'une notion qu'il convient de réviser si l'on veut vivre avec notre temps.

Ce que préconise notre groupe de travail, c'est que l'on supprime l'exigence qui veut que cette tierce personne ait été placée sous la protection de l'accusé et que l'on étende tout simplement ce moyen de défense à n'importe quelle tierce personne, l'appréciation des circonstances étant laissée aux soins de ceux qui sont chargés d'instruire les faits, qu'il s'agisse d'un juge ou d'un jury, compte tenu des principes fondamentaux qui s'appliquent à la légitime défense, tels que nous les avons exposés à la page 71.

Il y a une question connexe, c'est celle de la défense des biens. Vous trouverez notre recommandation à ce sujet à la page 81 du rapport. Pour l'essentiel, ce que nous avons voulu faire, c'est tenir compte des réalités de la vie moderne et du fait que l'on fait passer avant tout la protection de la vie humaine, contrairement à ce qui se passait au XVIII<sup>e</sup> siècle, où la protection de la propriété passait avant la préservation des vies humaines, ce qui a fait jouer certains principes de common law traitant de la défense de la propriété. Ce que dit le groupe de travail, c'est qu'en aucun cas il ne peut être raisonnable de donner intentionnellement la mort à quelqu'un pour protéger ses biens. Il faut bien voir que c'est un principe conforme aux réalités de la vie moderne et il est nécessaire que nous le fassions passer dans notre droit si nous voulons pouvoir disposer d'un code criminel qui nous fera entrer de plein pied dans le XXI<sup>e</sup> siècle.

## • 1600

I have been asked to make some remarks about provocation, and our recommendation in that regard will be found at page 116. As you have no doubt already heard or read, provocation is an existing defence; it really operates as a concession to human frailty. As a society, we recognize that people react to external stresses and to external pressures in a way that involves a loss of self-control. The law as it presently stands is such that a person who causes death in these circumstances is recognized as having a lower level of moral blameworthiness than a person who kills in a situation where he or she has not been provoked, as we say, and has therefore not lost his or her self-control. The task force

On m'a demandé de faire quelques commentaires au sujet de la provocation, et notre recommandation à ce sujet se trouve à la page 116. Comme vous l'avez certainement lu ou entendu dire, le moyen de défense consistant à invoquer la provocation existe à l'heure actuelle; c'est en fait une concession à la fragilité humaine. En tant que société, nous reconnaissons que les gens réagissent aux pressions et aux contraintes extérieures d'une façon qui peut les amener à perdre le contrôle d'eux-mêmes. Telle qu'est conçue la loi à l'heure actuelle, une personne qui en tue une autre dans de telles circonstances est considérée comme étant moins blâmable que celle qui tue alors qu'elle n'a pas été



## [Text]

supports the retention of a defensive provocation, but we would make one important change.

We note several we would make, but there is one in particular that I wish to highlight for you today, and that is we believe the defence of provocation should be extended to encompass offences other than murder. As you know, at the present time under the state of our current law, provocation as a defence operates only to reduce murder to manslaughter, and in that sense is regarded as being a partial defence. It has been held by previous judicial decisions, for example, that it cannot even be used as a defence to a charge of attempted murder. What we say is that it is time to rethink this area and it is time to extend the defence of provocation to offences other than murder. Obviously, which of those offences are selected will depend upon what happens to the recodification of specific offences following upon recodification of the general part.

There are three other brief areas I want to touch upon. One of them is entrapment. The task force recommendation is at page 130. In accordance with our view that the Criminal Code should be a comprehensive statement of the criminal law, what we have proposed is that the defence of entrapment, as it is commonly referred to, as delineated by our Supreme Court of Canada in at least two relatively recent decisions, simply be codified. We don't necessarily propose anything new and novel in this area, but we certainly do recommend that entrapment be taken out of the common law and placed into the setting of a Criminal Code.

I should point out to you that although entrapment is commonly referred to as a defence, what we foresee is the current state of the law would be maintained; namely, that entrapment, if successfully raised by the accused, would not result in an acquittal but would result in a judicial stay of proceedings. While we refer to it as a defence, I suppose to some extent that is something of a misnomer, but for lack of a better term we have included it among our other recommendations concerning defences.

Similarly, we have dealt with the concept of *de minimis*, which as you know and as Professor Ferguson has already indicated, is simply a concept that says that the law doesn't concern itself with trifles or with trivialities. The task force agrees that there are situations where technically the accused has committed the offence. Technically he or she has done and has met all of the elements of a particular offence, but nonetheless that conduct that the accused has engaged in is so trivial that it really doesn't require the heavy sanction of the criminal law by way of a finding of guilt or a conviction.

## [Translation]

provoquée et qui n'a donc pas perdu la maîtrise de soi. Le groupe de travail est d'accord pour qu'on conserve le moyen de défense alléguant la provocation, mais voudrait y apporter un changement important.

Il y en a plusieurs que nous aimerions apporter, mais il y en a un en particulier dont je tiens à vous faire part aujourd'hui et qui consiste à dire qu'à notre avis il faudrait que le moyen de défense alléguant la provocation soit étendu à d'autres infractions que le meurtre. Vous le savez, dans l'état actuel de notre droit, le moyen de défense alléguant la provocation sert uniquement à déqualifier un meurtre pour le transformer en homicide volontaire et, de ce point de vue, il est considéré seulement comme un moyen de défense partiel. On peut voir dans la jurisprudence, par exemple, que l'accusé d'une tentative de meurtre ne peut même pas s'en servir comme moyen de défense. Nous considérons qu'il est temps de revoir cette question et d'étendre le moyen de défense alléguant la provocation à des infractions autres que le meurtre. Bien évidemment, le type d'infraction retenue dépendra de ce que l'on fera au sujet de la recodification des différentes infractions particulières une fois que l'on aura recodifié la partie générale.

Je vais maintenant aborder rapidement trois autres points. Le premier est celui de la question des pièges tendus par la police. La recommandation faite à ce sujet par le groupe de travail se trouve à la page 130. Conformément à notre principe qui veut que le Code criminel codifie de manière exhaustive l'ensemble du droit pénal, nous avons proposé que le moyen de défense alléguant un piège tendu par la police, c'est l'expression que nous utilisons ici, telle que l'a exposée notre Cour suprême dans deux décisions relativement récentes au moins, soit tout simplement codifiée. Nous ne proposons pas nécessairement quelque chose de nouveau ou de novateur dans ce domaine, mais nous n'en recommandons pas moins que la question des pièges tendus par la police soit retirée du domaine de la common law et placée dans le cadre du Code criminel.

Je tiens à vous signaler que même si l'on parle couramment de moyen de défense au sujet des pièges tendus par la police, nous envisageons de conserver les dispositions actuelles de notre droit, à savoir que si l'accusé parvient à faire valoir qu'il y a eu piège tendu par la police, il n'y ait pas acquittement mais suspension de la procédure judiciaire. Nous parlons à ce sujet de moyen de défense, mais j'ai l'impression que dans une certaine mesure cette qualification est fautive même si, faute de meilleur terme, nous l'avons fait figurer parmi nos autres recommandations touchant les moyens de défense.

De la même manière, nous avons abordé la notion du *de minimis*, qui comme vous le savez et comme le professeur Ferguson vous l'a indiqué tout à l'heure, revient simplement à dire que la loi n'a que faire des frivolités et des vécilles. Le groupe de travail est d'accord pour dire qu'il y a des cas où l'accusé a effectivement commis le délit. Il a bien commis l'infraction et tous les éléments constitutifs de celle-ci sont réunis, mais il n'en reste pas moins que la conduite qui lui est reprochée correspond à une accusation tellement futile que la lourde sanction du droit pénal, sous forme de déclaration de culpabilité ou de condamnation, est superflue.

[Texte]

• 1605

So the question becomes what to do, for example, with an accused who has simply failed to return a library book. You'll see cases of that nature in the law reports.

We believe the issue is to recognize, as the common law currently does, a concept of *de minimis*. Again, it's a concept that at present is referred to as a defence, although again purists would perhaps quibble with that wording. We believe that doctrine and that concept should be retained and should be contained in the new Criminal Code so it's clear to all that it's a doctrine that is available under Canadian criminal law.

Again I point out to you that the result of a successful *de minimis* defence will not be an acquittal, but, as in the case of entrapment, a judicial stay of proceedings. So in effect there would be an acknowledgement that, yes, the Crown was able to prove its case with respect to this accused, but that, because of the trivial nature of the accused's conduct, a conviction or a finding of guilt was neither appropriate nor necessary.

The last of my areas is that of attempts. Our recommendation is at page 139. Again our recommendations in this area are not particularly new or novel. The concept of an attempt to commit an offence as constituting an offence in and of itself is a concept that our current Criminal Code recognizes. There are provisions in the code at present dealing with attempts. We simply recommend that any new Criminal Code should contain a similar provision.

I would ask you to consider in this area the two very important social policy justifications for maintaining attempts as a form of offence in and of themselves. First of all, by creating and maintaining an offence of attempt, the state, the authorities, is permitted to intervene in situations where there is to be misconduct and are permitted to intervene at an early stage so as to prevent serious danger or serious harm that would result from the commission of the full offence.

Secondly, we believe that, in keeping with our other recommendations, if an individual indeed has the criminal intent to commit a particular offence but, for whatever reason, does not or is unable to take steps that go beyond what the law to date has characterized as mere preparation to commit that offence, nonetheless he or she should bear some sanction under the criminal law—perhaps not the sanction for the full offence were that to be committed, but a sanction of some sort so it is clear to all that even an attempt to participate in certain conduct will in and of itself bring down the punishment and the sanction of the criminal law.

Those are my remarks.

**The Chairman:** Thank you, Ms Fuerst.

Mr. Pinx, you have the floor.

[Traduction]

Il faut alors se demander ce qu'il faut faire, par exemple, d'un accusé qui a tout simplement omis de rendre un livre de bibliothèque. On voit des cas de cette nature dans les recueils de jurisprudence.

Nous considérons que la solution est de reconnaître, comme le fait la common law, le principe du *de minimis*. Là encore, c'est un principe dont on dit ici qu'il agit comme un moyen de défense, même si les puristes vont encore s'opposer à cette qualification. Nous jugeons qu'il faut que ce principe et que cette notion soient conservés et insérés dans le nouveau Code criminel pour qu'il soit clair aux yeux de tous qu'il fait partie du droit pénal canadien.

Là encore, je vous signale que si l'on réussit à faire valoir un moyen de défense fondé sur le *de minimis*, il n'y aura pas acquittement mais, comme pour les pièges tendus par la police, un non-lieu. Cela reviendra à reconnaître en fait que le ministère public a effectivement réussi à prouver la culpabilité de l'accusé mais qu'en raison du caractère futile de l'accusation, il n'est ni nécessaire, ni approprié, de prononcer une condamnation ou une déclaration de culpabilité.

J'aborde en dernier lieu la question de la tentative. Notre recommandation à ce sujet se trouve à la page 139. Là encore, nous ne recommandons rien de nouveau ou de différent. Le principe selon lequel la tentative de commettre une infraction constitue en soi une infraction est reconnu actuellement par l'autre Code criminel. Il y a des dispositions dans le code actuel qui traitent de la tentative. Nous recommandons simplement que toute nouvelle codification du Code criminel conserve des dispositions du même type.

N'oubliez pas qu'il y a dans ce domaine deux considérations de politique sociale très importantes qui justifient que l'on continue à considérer la tentative comme une infraction en soi. Tout d'abord, en établissant et en conservant une infraction relative à la tentative, l'État et les pouvoirs publics s'autorisent à intervenir lorsqu'un comportement répréhensible se produit, et peuvent le faire d'emblée afin d'éviter un danger ou un préjudice plus grave susceptible de résulter de la perpétration de l'infraction elle-même.

En second lieu, nous considérons, et cela va dans le sens de nos autres recommandations, qu'à partir du moment où un accusé a eu l'intention criminelle de commettre une infraction donnée mais que, pour une raison ou pour une autre, il n'a pas pu ou n'a pas eu l'occasion d'accomplir des démarches allant au-delà de ce que la loi qualifiait à l'heure actuelle de simple préparation en vue de commettre cette infraction, il convient néanmoins qu'il soit sanctionné par le droit pénal—éventuellement sans que cette sanction soit aussi lourde que celle qui s'applique à l'infraction elle-même, mais il faut qu'il y ait une certaine forme de sanction pour que tout le monde comprenne bien que même la tentative d'adopter tel ou tel comportement fait l'objet en soi d'une sanction et d'un châtiment aux termes des dispositions du droit pénal.

C'est tout ce que j'avais à dire.

**Le président:** Je vous remercie, Madame Fuerst.

Monsieur Pinx, vous avez la parole.



[Text]

Mr. Sheldon Pinx, Q.C. (Member (Manitoba), Criminal Code Recodification Task Force of the Canadian Bar Association): Thank you. I will deal firstly, out of necessity, with the topic of necessity, as I've been told that should be the first topic I should deal with.

The necessity defence as we have known it is not one that is codified. What we propose to do is to codify the defence and have it set out as part of our proposed Criminal Code of Canada. When you see what we have suggested, what is important are a couple of what we hope are improvements to what has been known before as the common law defence.

Firstly, there are issues currently, in terms of the current offence, that raise questions such as that imminent risk must exist. The accused's actions, in terms of acting in a way that would justify one's conduct, must be inevitable, unavoidable, and there must be no reasonable opportunity for any alternate course of conduct. Also, the harm inflicted must be less than the harm sought to be avoided.

• 1610

In analysing the existing defence, we came to the conclusion that the law of necessity as it now stands does not, in our view, reflect the current state of what we expect of people in their behaviour. What we have proposed is what we hope is a balanced defence. That is set out at page 87 of our draft. If I could just spend a moment reviewing that with you, it states:

No one is criminally responsible for acting to avoid harm to oneself or another person or to avoid immediate serious damage to property, if the danger which he or she knows or believes to exist is such that in all the circumstances (including any of his or her personal characteristics that affect its gravity) he or she cannot reasonably be expected to act otherwise.

We have taken the word "immediate" away from the harm to person but have left it there with serious damage to property. We have attempted, though, to balance ultimately whether or not this defence will be available by the insertion of the words "he or she cannot reasonably be expected to act otherwise". That is, of course, as we can appreciate, an objective test of one's conduct.

This gets back to what Richard was saying at the beginning, that there are certain obvious areas where we had to address policy and social policy concerns. We believe a defence of necessity is an important one that should be retained, but at the same time there must be a balance, in the sense that one should be able to determine if it will apply—that is by a judge's judgment or that of a jury—through some objective criterion at the end of the day. So a jury could decide, in the case of the mother rushing to the hospital with her young child, who has just swallowed a coin and is choking... having to speed through red lights and perhaps to commit a couple of vehicular-type offences on the way to reaching the hospital. In that scenario, is it reasonable for the mother to have acted in the fashion she did, given the circumstances she was facing? So that was the philosophy that motivated us in looking at this particular defence and

[Translation]

M. Sheldon Pinx, c.r. (membre (Manitoba) du Groupe de travail sur la nouvelle codification du droit pénal de l'Association du Barreau canadien): Je vous remercie. Il me faut tout d'abord obligatoirement traiter de la question de la nécessité, car c'est celle que l'on m'a dit d'aborder en premier.

Le moyen de défense alléguant la nécessité, tel que nous le connaissons, n'a jamais été codifié. Nous proposons de le codifier et nous l'avons donc fait figurer dans notre projet de Code criminel du Canada. Vous verrez d'après nos propositions deux ou trois choses qui, je l'espère, amélioreront ce moyen de défense tel que nous le connaissons en common law.

Il y a tout d'abord les questions que soulève le moyen de défense actuel, comme le fait qu'il faut qu'il y ait un risque imminent. Le comportement de l'accusé, pour que sa conduite soit justifiée, doit avoir été inévitable, incontournable, et il ne faut pas qu'il y ait eu une possibilité raisonnable d'agir autrement. Il faut aussi que le préjudice causé soit moindre que celui que l'on cherchait à éviter.

En analysant le moyen de défense alléguant la nécessité, nous en sommes venus à la conclusion que le droit actuel en la matière reflète bien le genre de comportement que nous attendons des gens. Nous avons proposé un moyen de défense qui, nous l'espérons, est équilibré. On le trouvera à la page 87 de notre mémoire. Si vous me le permettez, je vais vous l'exposer en quelques mots. On y dit précisément:

Personne n'est responsable sur le plan pénal d'avoir agi de manière à éviter un préjudice pour lui-même ou pour autrui ou à éviter qu'un bien soit immédiatement et gravement endommagé, si le danger qu'il sait ou croit devoir exister est tel que compte tenu de toutes les circonstances (y compris un facteur personnel qu'il inflige à cette gravité), on ne peut s'attendre raisonnablement à ce qu'il ait agi autrement.

Nous n'allons pas qualifier d'«immédiat» le préjudice causé à une personne, mais nous l'avons accolé aux dommages causés aux biens. Nous avons cependant cherché à équilibrer en fin de compte les possibilités d'invoquer ou non ce moyen de défense en insérant les termes «on ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il ait agi autrement». Nous considérons bien entendu qu'il s'agit là d'un critère d'évaluation objective d'un comportement.

Voilà qui nous ramène à ce que Richard a dit au début, qu'il y a certains domaines dans lesquels il faut tenir compte de considérations politiques et sociales. Nous considérons que le moyen de défense alléguant la nécessité est important et qu'il doit être conservé, mais qu'en même temps il doit y avoir un certain équilibre, en l'occurrence que l'on doit pouvoir se demander s'il convient bien de l'appliquer—ce qui sera soumis à l'appréciation du juge ou du jury—au moyen d'un critère en fin de compte objectif. Il faut donc que le jury puisse décider, si par exemple une mère qui doit se précipiter à l'hôpital parce que son enfant en bas âge vient d'avaler une pièce de monnaie et s'étouffe... a été obligée de griller le feu rouge et éventuellement de commettre quelque autre infraction au Code de la route sur le chemin de l'hôpital. Dans ce cas, alors, est-il raisonnable que cette mère ait réagi comme elle l'a fait, compte tenu des circonstances? C'est ce

## [Texte]

some of the issues we considered in concluding the only way one could ultimately decide whether that conduct was necessary or not was by balancing it with the test of whether it was reasonable in the circumstances.

As I am sure you are aware, it's unclear whether under existing law the defence of necessity would apply to a defence in the case of murder. We leave our interpretation open, I think, perhaps to be a defence even in that scenario. In our draft, at page 89, we give the example of the two mountaineers, one of whom is roped to a fallen companion and who cuts the rope in order to save himself from being dragged down with the companion. It's clear one must die, the other must live—the proverbial scene where the man is really left with one of two choices, or, to look at it another way, maybe no choice.

We have not specifically excluded our defence to apply to the scenario set out at the top of page 89, but we want you to be aware that we believe that type of defence should be at least available for a jury to consider. Whether they come to the conclusion that it was reasonable or not is a matter, we suggest, that could be properly tried by a judge or jury, given the facts of a particular case.

The final point I will leave you with is section 2, which says the defence does not apply to anyone who has knowingly and without reasonable excuse exposed himself or herself to the danger. I don't believe that particular statement will require any further clarification.

Those are my comments on the defence of necessity. As I say, we hope you would consider making that part, once again, of the actual Criminal Code.

I'd like to move on to the next area I've been asked to address, and that is something on which I feel the pressure of the day, duress. This is at page 93.

• 1615

This is again an area that the task force spent some considerable time discussing. Again, when we look at defences of necessity and defences of duress, they're not what you would call your everyday type defences.

Collectively around this table there are a number of lawyers who have both defended and prosecuted, and I'm sure, in our cumulative lifetimes, we could probably count on one hand how many cases of duress or necessity we have come across in our careers, but it doesn't mean that they're any less important, and certainly I think we have to give this particular area some attention because of what I consider and the committee considers to be the changing times.

## [Traduction]

qui nous a amené à conclure au sujet de ce moyen de défense en particulier et sur d'autres questions que nous avons examinées qu'il fallait pouvoir en arriver à une décision équilibrée et que la seule façon de déterminer en fin de compte si la conduite en cause était nécessaire ou pas était d'appliquer le critère qui consiste à se demander si elle était raisonnable dans les circonstances.

Comme vous le savez certainement, il n'est pas sûr que dans notre loi actuelle le moyen de défense alléguant la nécessité peut s'appliquer en cas de meurtre. Nous n'avons pas cru devoir trancher la question et ce moyen de défense est peut-être possible même dans ces circonstances. Dans notre mémoire, à la page 89, nous citons l'exemple de deux alpinistes encordés dont l'un doit couper la corde, pour éviter d'être entraîné par son compagnon qui a dévissé. Il est clair que l'un doit mourir pour que l'autre vive—l'exemple type dans lequel une personne n'a plus qu'une alternative où, vu sous un autre angle, aucune alternative du tout.

Nous n'avons pas expressément exclu que notre moyen de défense puisse s'appliquer au cas de figures exposées au début de la page 89, mais nous voulons que vous sachiez que nous considérons qu'il faut au moins que le jury puisse au moins considérer ce moyen de défense. Quant à savoir si ce moyen de défense est raisonnable ou non, ce sera à notre avis au juge ou au jury de l'apprécier, compte tenu des faits allégués en l'espèce.

J'aborderais finalement la question de l'article 2, où l'on dit que ce moyen de défense ne s'appliquerait pas à une personne qui sciemment ou sans excuses raisonnables s'est exposée elle-même au danger. Je ne crois pas qu'il soit besoin ici de donner davantage de précisions.

Voilà ce que j'avais à dire au sujet du moyen de défense alléguant la nécessité. Je vous répète que nous souhaitons que vous envisagiez que ces dispositions puissent continuer à faire partie de notre Code criminel.

Je passe maintenant à un autre domaine dans lequel il m'a été demandé d'intervenir, et dans lequel je ressens les pressions de notre société, c'est celui de la contrainte. Cette question est traitée à la page 93.

Il s'agit encore une fois d'un domaine auquel le groupe de travail a consacré beaucoup de discussions. Je réitère en outre que les défenses fondées sur l'état de nécessité ou sur la contrainte ne sont pas très fréquentes.

Il y a autour de cette table bon nombre d'avocats qui ont défendu beaucoup de clients devant les tribunaux, ou même agi à titre de procureurs de la Couronne, et je suis sûr que nous pourrions probablement compter sur les doigts d'une seule main le nombre de cas où les critères de contrainte ou de nécessité ont été invoqués. En revanche, il ne s'en suit pas que ces moyens de défense ont moins d'importance que les autres, et je crois qu'il faut les examiner attentivement pour entreprendre une réforme appropriée du code criminel, en fonction des exigences contemporaines.



## [Text]

We live, unfortunately, in a society where we hear about horrific acts of terrorism, terrorism that did not necessarily exist at the time when the original Criminal Code of Canada was drafted, and acts of terrorism which, I think, increase with severity in terms of the kind of conduct that takes place. That was in the back of our minds when we were discussing this particular defence.

As you know, the existing law under section 17—I just want to focus into a couple of areas of the existing law so you could understand the difference between that and what we propose—states:

A person who commits an offence under compulsion by threats of immediate death or bodily harm from a person who is present when the offence is committed is excused from committing the offence

I emphasize the words “threats of immediate death or bodily harm”, that’s the existing section, “from a person who is present”, existing section, “when the offence is committed”, is excused from committing the offence, if the person believes the threats will be carried out.

What we propose in our draft is as follows, at page 93:

No one is liable for committing a crime in response to a threat of harm

We emphasize at this point it does not have to be a threat of immediate death or bodily harm, but rather a threat of harm to oneself or another person. It’s unclear whether the existing section 17 does apply or not to a third party, that is an alleged threat to someone else other than yourself.

if the threat is one in which all the circumstances (including any of his or her personal characteristics that affect its gravity) he or she cannot reasonably be expected to resist.

We sat around the table in Winnipeg and in other cities envisaging that horrible phone call that the caretaker of the CSIS building or CSIS floor of your building receives, telling him that they have his daughter held hostage, that they have a group of people just a block away from the building and they would like access within the next few minutes to all of the secret headquarters at CSIS and, in particular, the office of the head of CSIS, because they would like to pay him a special visit, and he is told that either he does that or something horrific will happen to his child.

If you take that fact scenario and integrate it into the existing definition under section 17, I don’t believe, if indeed that man, the caretaker, opened the doors, let in the terrorist group and the group then killed the head of CSIS, that he would be able to use the defence of duress as we read it under the existing provisions. That certainly would be available to him, in our respectful view, under what we propose.

We are always trying to reflect social policy, and I add that by saying to you, when we use the words “he or she cannot reasonably be expected to resist”, we use the word “reasonably” there because we hope at the end of the day

## [Translation]

Nous vivons à une époque où l’on commet des actes horribles de terrorisme, qui n’existaient pas à l’époque où le Code criminel a été rédigé. En outre, ces actes de terrorisme sont de plus en plus brutaux, et c’est un facteur que nous avons pris en considération lorsque nous discutons de ces formes de défense.

Je voudrais maintenant attirer précisément votre attention sur quelques aspects particuliers du droit actuel, pour bien expliquer la différence avec ce que nous proposons. L’article 17 du code criminel se lit comme suit:

Une personne qui commet une infraction, sous l’effet de la contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles de la part d’une personne présente lorsque l’infraction est commise, est excusée d’avoir commis l’infraction si elle croit que les menaces seront mises à exécution. . .

Je tiens à souligner «menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles», «de la part d’une personne présente», et «lorsque l’infraction est commise».

Voici ce que nous proposons, à la page 102:

N’est pas pénalement responsable la personne qui commet un crime sous menace de préjudice. . .

Selon notre proposition, il n’est donc pas nécessaire qu’il y ait menace de mort immédiate ou de lésions corporelles graves, mais simplement menace de préjudice contre soi-même ou contre l’autre personne. Il n’est pas certain que l’article 17 actuel puisse s’appliquer à une tierce partie, c’est-à-dire qu’on puisse l’invoquer en cas de menaces proférées contre une personne autre que soi-même.

Si la menace est telle que, eu égard à toutes les circonstances, (y compris l’une quelconque de ces caractéristiques personnelles qui en affecte la gravité), on ne peut raisonnablement s’attendre à ce qu’elle y résiste.

Quand nous discutons de cela, à Winnipeg et ailleurs, nous avons envisagé le cas du garde du SCRS qui reçoit un appel téléphonique l’informant que sa fille a été prise en otage et que plusieurs individus attendent à deux pas de l’immeuble pour avoir accès dans les quelques minutes à tous les locaux secrets du SCRS, notamment au bureau du chef du SCRS, et le gardien est alors informé que des sévices terribles seront faits à sa fille s’il n’ouvre pas les portes.

Supposons maintenant que ce gardien ouvre les portes et laisse entrer ces terroristes qui assassinent ensuite le chef du SCRS, nous ne sommes pas convaincus qu’il pourrait se défendre en invoquant la contrainte, telle qu’elle est prévue dans l’article 17 actuel. En revanche, il pourrait incontestablement invoquer cette forme de défense avec l’article que nous proposons.

Notre objectif est toujours de tenir compte de l’évolution de la société. J’ajoute cela pour vous dire que, quand nous utilisons les termes «on ne peut raisonnablement s’attendre à ce qu’elle y résiste», nous employons le mot

[Texte]

the test will be that of the objective person, be it the jury applying the objective standard, or the judge. We're of the view that the duress that we propose is a preferable one to what is now the law in this country and one that we think would more accurately reflect the changing times and the dangers that are out there, that are not just simply pipedreams but things that we do read about from time to time that have occurred in other countries around the world.

• 1620

The next issue I'd like to move on to—and I see I'm getting the wink from Mr. Peck, my learned colleague—

**Mr. Peck:** I'm enraptured by your spiel.

**Mr. Pinx:** I might add, by the way, that duress excludes 21 different types of offences. I was going to add that we don't really think it's necessary to exclude. We hope that you will come to the conclusion to let a jury decide whether one's conduct is or is not reasonable. We have a fairly progressive society that sits on juries and judges who are well in tune with the times. We don't necessarily have to exclude. One of the things we addressed was that issue: should we or should we not exclude crimes? We're of the view that we should not and just let it be available as a defence to others.

The next area my friends have asked me to speak on, one of the more exciting areas to me, is mistake of law, at page 108. I dream about mistake of law every night; that's why.

In this particular area we have decided to ask you to consider making mistake of law a defence. As we all know, until now mistake of law has not been a defence. Although there have been some very complex, as I recall, commercial fraud cases that have mixed law and fact and come out with some kind of mixture of mistake of law and fact as a possible defence, the pure defence of mistake of law doesn't exist in this country.

At page 108 of our report we address this issue in the following form:

No one is liable for a crime committed by reason of mistake or ignorance of law:

- a. concerning private or other civil rights relevant to that crime, or
- b. resulting from:
  - i. ignorance of the existence of the law, where the law has not been published or otherwise reasonably made known to the public or persons likely to be affected by it,
  - ii. reasonable reliance on a judicial decision, or
  - iii. reasonable reliance on a statement by a judge, government official or person in authority.

We sat around tables as a group and tried to understand what was the philosophy of not having this as a defence. When people crafted the criminal laws many years back, why did they choose to exclude this area as a defence? The

[Traduction]

«raisonnablement» pour bien indiquer que le critère que devrait appliquer le jury ou le juge doit être le critère d'une personne objective. Nous estimons que le critère de la contrainte que nous proposons est préférable à celui qui existe actuellement car il reflète mieux l'évolution de la société et des dangers auxquels sont exposés les citoyens. En effet, il ne s'agit pas ici d'hypothèses purement théoriques mais de situations qui se sont produites de temps à autre dans bon nombre de pays.

La question que je vais aborder—et je vois que mon savant collègue, monsieur Peck, me fait un clin d'oeil. . .

**M. Peck:** Votre boniment me fascine.

**M. Pinx:** J'ajoute en passant que la contrainte exclut 21 catégories différentes d'infractions. Or, nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire de les exclure. Notre espoir est que vous parviendrez à la conclusion qu'il convient de laisser le jury décider si la conduite de l'accusé était ou non raisonnable. Nous vivons dans une société relativement éclairée, dans laquelle jurys et juges sont parfaitement au courant de l'évolution des mœurs. Nous ne pensons donc pas qu'il soit nécessaire de prévoir des exclusions dans la loi. À notre avis, il n'y a aucune raison de stipuler d'emblée que cette forme de défense ne pourra pas être invoquée pour certaines catégories de crimes mais pourra l'être pour d'autres.

Une autre question que mes amis m'ont demandé d'aborder, c'est celle de l'erreur de droit, dont nous parlons à la page 119. S'ils m'ont demandé de vous en parler, c'est sans doute parce que j'en rêve toutes les nuits.

Dans nos recommandations, nous vous invitons à envisager l'erreur de droit comme moyen de défense. Vous savez bien que ce moyen de défense n'existe pas dans le droit actuel. Bien qu'il y ait eu certaines affaires très complexes, notamment de fraudes commerciales, si je me souviens bien, où on l'on a pu invoquer comme moyen de défense une forme combinée d'erreurs de droit et d'erreurs de fait, il n'est pas possible, au Canada, d'invoquer comme défense l'erreur de droit au sens strict du terme.

À la page 119 de notre rapport, nous abordons cette question de la manière suivante:

N'est pas responsable celui qui a commis un crime en raison d'une erreur de droit ou de l'ignorance de la loi:

- a) concernant des droits privés ou autres droits civils touchés par ce crime, ou
- b) imputable:
  - (i) à l'ignorance de l'existence de la loi, du fait qu'elle n'a pas été publiée ou raisonnablement portée à la connaissance du public ou des personnes susceptibles d'en être affectées,
  - (ii) à la foi raisonnable dans une décision judiciaire, ou
  - (iii) à la foi raisonnable dans une déclaration faite par une autorité judiciaire, gouvernementale ou administrative compétente.

Notre groupe s'est efforcé de comprendre pourquoi cette forme de défense n'existe pas actuellement. Comment se fait-il que le législateur a toujours décidé d'exclure cette forme de défense? Notre conclusion est que cela s'explique



[Text]

conclusion we came to was that perhaps because there weren't so many laws in existence, communities were small and not a whole lot of the law might necessarily have been written down, when societies were first formed they were formed on the basis of an understanding, a verbal dialogue between. . . We knew what was right. We knew what was wrong. We can go back to the basic Ten Commandments. There wasn't much out there in terms of laws of which anyone necessarily had to inform themselves.

I was astonished to hear today from Professor Gerry Ferguson in his meeting with us this morning that there are 20,000 statutes currently in existence with apparently 100,000 potential offences out there. I shook my head. I said that this can't be possible. That's an awful lot of statutes and an awful lot of potential offences. But that gives you an idea of the new era we're into. The regulations and subregulations and statutes and by-laws and things of that nature that we all must, so to speak, inform ourselves of are beyond, I think, anyone's individual capacity. Certainly there's probably not a computer in this country that could handle it all and give us the answer within about a millisecond, which is sometimes the time an accused has to respond in a given situation to know whether what he is doing is right or wrong.

So our position in this area—and again it's one we have gone through a great debate over—is that mistake of law is something that really would be a progressive defence. It's a defence that would reflect the times and the complexity of society.

In our view it's not an easy defence to establish, because, the way we propose it, essentially at the end of the day there is going to be an objective standard: whether or not it was reasonable in the circumstances, reasonable reliance on statements, otherwise reasonably made known to the public, and matters of that nature. We feel that we have built in an objective standard, an objective safeguard, where although people should have the defence available to them, it may not necessarily be the easiest defence to establish, but it should be there. It is not fair to have people punished for laws and for committing acts they did not know existed.

• 1625

I will move on to my final two areas. One is parties to the offences, and my final one, conspiracy. Mr. Peck is prodding me along here.

**Mr. Peck:** He is paranoid.

**Mr. Pinx:** No, I'm not.

**Mr. Peck:** He is suffering from a mental disorder.

**The Chairman:** He fits right in with us.

**Mr. Pinx:** My lithium doesn't arrive until 4.30 p.m.

At page 163 we go through parties to an offence. I just want to highlight what I think are the important changes that we have suggested to the existing law. First, we deal with a proposed section 24(b), on page 163:

[Translation]

probablement par le fait qu'il n'y avait pas beaucoup de textes de loi dans le passé, que les collectivités étaient petites, et que beaucoup de dispositions légales n'étaient pas nécessairement formulées par écrit. Lorsque les sociétés se sont formées, elles l'ont été sur la base d'ententes mutuelles, de dialogues réciproques. . . Les gens savaient ce qui était bien et ce qui était mal. Il suffisait de s'en remettre aux 10 Commandements. Il n'y avait donc pas beaucoup de textes de loi dont les gens étaient obligés d'avoir connaissance.

Je dois dire que j'ai été stupéfait d'entendre ce matin le professeur Gerry Ferguson dire qu'il y a actuellement 20 000 textes de loi en application, concernant apparemment 100 000 infractions possibles. En entendant cela, je me suis dit que ce n'était pas possible. Cela représente en effet un nombre incroyable de lois et d'infractions, et cela vous donne une idée de l'évolution de notre société. Il est absolument impossible que quiconque puisse connaître exactement ces milliers de règlements, de sous-règlements, de lois et de dispositions légales. Il n'existe probablement dans ce pays aucun ordinateur qui puisse accumuler toute cette masse d'informations et nous donner une réponse en un millième de seconde, alors que c'est parfois tout le temps dont dispose un accusé pour savoir si sa réaction à une situation particulière est bonne ou mauvaise.

Nous en sommes donc venus à la conclusion, encore une fois après de forts longues discussions, que l'erreur de droit devrait probablement être un moyen de défense légitime. Dans une société aussi complexe que la nôtre, cela nous paraît indispensable.

Cela dit, ce n'est pas un moyen de défense qu'il sera facile d'invoquer car, tel que nous le proposons, on appliquera en fin de compte un critère objectif dans la mesure où on devra se demander s'il était raisonnable que l'intéressé ne connaisse pas la loi considérée. Nous estimons donc avoir intégré à notre recommandation une clause de sauvegarde objective. De ce fait, si nous estimons que les gens devraient normalement avoir accès à ce moyen de défense, nous savons parfaitement que ce ne sera pas nécessairement la défense la plus facile à établir. À notre avis, il n'est pas juste de punir les gens parce qu'ils ont enfreint une loi dont ils ne soupçonnaient pas l'existence.

Je vais maintenant passer aux deux derniers sujets, c'est-à-dire les parties à l'infraction et le complot. M. Peck me dit d'accélérer.

**M. Peck:** Il est paranoïaque.

**M. Pinx:** Mais non, pas du tout.

**M. Peck:** Il a l'esprit dérangé.

**Le président:** Il n'est sans doute pas le seul ici.

**M. Pinx:** Je n'aurai mon lithium qu'à 16h30.

Nous abordons le problème des parties à l'infraction à la page 178. Je vais seulement souligner les changements importants que nous recommandons. Il s'agit tout d'abord de l'article 24 b) que nous proposons à la page 178:

## [Texte]

does or omits to do anything knowing that it will aid any person to commit it,

If you take a look at the existing wording of paragraph 21.1(b), and this is on page 165, the wording is:

does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it;

We have concluded as a committee that requiring proof of purpose, approximating desire, is too high a test. We are proposing to reduce the test, to make the test lower. I am reading to you from page 171:

“Knowing” should be enough to establish criminal liability; as used by the Task Force in defining the mental elements, knowledge requires proof that the accused was virtually certain that the conduct exists or will occur.

We are happy to integrate into the definition of “party” there and hope that it would be a helpful change for the committee to consider to bring down the threshold in effect a little lower to one of knowledge as opposed to something that goes beyond knowledge with a more specific purpose in mind.

We had great difficulty with the existing words in paragraph 21.(c); “abets”. None of us really understands what that word means. We have read a lot of judgments amongst ourselves collectively. I don’t think anybody really knows what it means. We can give it our best guess. We like the word “encourage” because we think that is what abets means.

That is why we have come to 24.(c), which says:

does or omits to do anything with the intent to encouraging any person to commit it.

In explaining this to a jury, I think a jury would look at you much more receptively if you were using the word “encourage” than if you were using the word “abets”, where you hear them murmuring to each other “what does it mean?” as they nudge each other, while you are trying to give them your instructions. That would be the significant observation that I would leave you with.

The final point, and this may be a matter of ongoing debate between us, is that we suggest that subsection 21.(2) be repealed. That is set out on page 168. That is your common intention and common purpose provision. Our concerns deals with the use of words that attribute or create in effect a constructive state of mind to an accused by using the words:

knew or ought to have known that the commission of the offence would be a probably consequence of carrying out the common purpose

We have some concerns about that in the context of recent developments with respect to the charter, the *Vaillancourt* case and others, and for that reason we would suggest that this section be repealed.

## [Traduction]

qui fait ou omet de faire quelque chose, sachant que son action ou omission aidera quelqu’un d’autre à la commettre,

Si vous examinez le texte de la disposition actuelle, 21.(1)b), à la page 180, vous y trouvez ceci:

quiconque accomplit ou omet d’accomplir quelque chose en vue d’aider quelqu’un à la commettre;

Notre comité est parvenu à la conclusion qu’exiger une preuve d’intention, ce qui est proche du désir, est beaucoup trop rigoureux. Nous proposons d’assouplir sensiblement cette exigence. Voici ce que nous disons à ce sujet, à la page 186:

le fait de «savoir» devrait suffire à établir la responsabilité pénale; telle que l’entend le Groupe de travail pour la définition des éléments moraux de l’infraction, la connaissance doit être établie par la preuve que l’accusé était pratiquement certain que la circonstance existe ou se produira.

Nous sommes heureux d’intégrer cette disposition à la définition des «parties», et nous espérons que le comité acceptera cette proposition, qui vise à assouplir sensiblement le critère de la connaissance, étant donné que le critère actuel va au-delà de la connaissance pour entrer dans le domaine de l’intention.

Nous avons eu beaucoup de mal à accepter le mot «abets», dans la version anglaise de l’alinéa 21(1)c). Aucun d’entre nous ne comprend vraiment le sens de ce verbe. Nous avons tous lu beaucoup d’arrêts judiciaires et aucun d’entre nous ne comprend ce mot. Nous préférons de loin le mot «encourage», car c’est exactement ce que veut dire le mot «abets».

Voilà pourquoi nous avons rédigé ainsi l’alinéa 24.c):

fait ou omet de faire quelque chose dans l’intention d’encourager quelqu’un d’autre à la commettre.

À notre avis, l’avocat qui devra s’adresser à un jury aura beaucoup plus de chances de se faire comprendre s’il emploie en anglais le mot «encourage» plutôt que le mot «abets». On imagine facilement les jurés se demandant «qu’est-ce que ça veut dire?» si vous essayez d’employer le mot «abets». Voilà ce que je voulais dire à ce sujet.

La dernière question que je veux aborder, et qui continue d’ailleurs de susciter des débats parmi nous, concerne notre recommandation d’abrogation du paragraphe 21.(2), à la page 183. Il s’agit de l’article concernant les parties à une intention commune. Le problème que nous pose cet article concerne l’emploi de termes qui attribuent à l’accusé une forme d’intention illicite commune, par la disposition suivante:

savait ou devait savoir que la réalisation de l’intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l’infraction

Cette disposition suscite des réserves de notre part suite à l’évolution récente du droit dans le contexte de la Charte, par exemple dans l’affaire *Vaillancourt*, entre autres, et c’est pourquoi nous en recommandons l’abrogation.



[Text]

I will move onto my concluding category, and that is conspiracy. I should say to you there was great debate at this task force level whether or not the offence of conspiracy should or should not be retained. I don't want to tell you the arguments against it, because I am here advocating the position that we should keep it.

The only significant change I believe that we have made to our existing understanding of the law of conspiracy is to introduce the concept of abandonment. As we all know, once a conspiracy is now complete, abandonment cannot be used as a defence for an accused.

• 1630

On page 151, paragraph (3) states:

A person who abandons a conspiracy to commit an offence described in clause (1), before that offence is attempted or committed is not liable for the conspiracy.

Paragraph (4) states:

In determining whether a person abandoned a conspiracy the Court shall consider all relevant circumstances, including whether the person communicated his or her desistance to the other conspirators or to the authorities, or to both.

Because conspiracy really is an offence, in our minds, of dialogue, agreement, people are talking about something they are going to do—they haven't even yet got to the attempt stage in a conspiracy, or just slightly short of an attempt in most cases, and haven't got to the point where you're actually committing the final dirty deed—we're of the view that abandonment should be available to encourage that co-conspirator, as he now is, to break away from that conspiracy, turn around and perhaps cooperate with the authorities. If he does so, he doesn't have to cut a deal through his lawyer and the prosecutor; the law will encourage him to do that and provide him in effect with statutory immunity for his cooperation. This will thereby encourage conspirators to perhaps allow the police to integrate a conspiracy before the offence is actually committed.

That is essentially the significant suggestion that we make in that context. The rest of it I think is just simply a restatement of what I understand we accepted in general principles, where they currently stand. Those are my comments, Mr. Chairman, and I thank you very much.

**The Chairman:** Thank you. I wondered how you would summarize this report in an hour and one-half. I must say you've done so marvellously well and I certainly thank you. I can imagine the interesting debate you had amongst lawyers, and you can as well imagine what we have to face as we try to explain this, first of all, to our respective caucuses, to get them to agree at some point, and then around the kitchen tables and in the coffee shops of the land. It's not going to be easy. Mr. Rideout, would you start us off, please.

[Translation]

J'aborde maintenant le dernier chapitre, celui du complot. Je dois vous dire d'emblée qu'il y a eu des discussions extraordinaires au sein de notre groupe de travail sur la question de savoir s'il faudrait ou non conserver l'infraction de complot. Je ne vais pas vous dire quels sont les arguments contre, puisque je suis ici pour exposer notre recommandation, qui est que cette infraction soit maintenue.

Le seul changement notable que nous apportons à notre interprétation de la loi en matière de complot concerne l'introduction de la notion de désistement. Comme vous le savez, lorsqu'un complot est réalisé, l'inculpé ne peut invoquer le désistement comme moyen de défense.

L'alinéa (3) de la page 165 se lit comme suit:

N'est pas coupable de complot la personne qui se désiste du complot visant à commettre l'infraction visée au paragraphe (1), avant que cette infraction n'ait été tentée ou commise.

L'alinéa (4) se lit comme suit:

Pour déterminer si une personne s'est désistée du concours, le tribunal compétent examinera toutes les circonstances de l'affaire, y compris la question de savoir si cette personne a communiqué son désistement soit aux autres conspirateurs, soit aux autorités, soit aux deux à la fois.

Étant donné que le complot est dans notre esprit une infraction de dialogue, d'entente, commise par des gens qui discutent de quelque chose qu'ils ont l'intention de faire—mais qu'ils n'ont pas encore tenté de faire, ou qu'ils sont à peine sur le point de tenter de faire, dans la plupart des cas, ce qui veut dire qu'ils n'ont pas encore commis leur sale coup—nous estimons qu'il faudrait offrir le désistement comme moyen de défense pour encourager les conspirateurs à se retirer du complot et, peut-être, à collaborer avec les autorités. Si un conspirateur se désistait, il ne serait plus obligé de négocier une entente avec le procureur de la Couronne; vu que le législateur l'aurait encouragé à se désister, on lui donnerait en fin de compte une immunité statutaire pour avoir coopéré. Cela permettrait donc d'encourager les conspirateurs à s'adresser à la police pour annuler le complot avant que l'infraction ne soit commise.

Voilà donc le changement notable que nous recommandons à ce sujet. Le reste de notre rapport sur cette question réitère simplement ce que nous avons accepté sur le plan des principes généraux, et qui correspond globalement à la situation actuelle. C'est tout ce que je voulais dire, monsieur le président, et je vous remercie de m'avoir entendu.

**Le président:** Merci. Je me demandais comment vous pourriez résumer ce rapport en une heure et demie. Je dois dire que vous avez fait là de l'excellent travail et je vous en remercie. Il m'est facile d'imaginer les discussions extrêmement intéressantes que vous avez dû avoir, entre avocats, et vous pouvez certainement imaginer à quoi nous devons faire face lorsque nous tenterons d'expliquer tout ceci, d'abord à nos caucuses respectifs, pour tenter d'obtenir leur accord, puis dans les foyers canadiens. Ça ne sera certainement pas facile. Monsieur Rideout, voulez-vous commencer la période des questions?



[Texte]

**Mr. Rideout (Moncton):** First, I have a couple of general questions. Should the general part of the Criminal Code be adopted by Parliament before the implementation of a recodification of the special part of the Criminal Code? If we accept everything that is here and said tomorrow that it's in effect, are we going to have problems with the rest of the Criminal Code?

**Prof. Ferguson:** I don't think that we were asked to address your legislative problems. I'm happy to give you advice, but I want to comment on what the task force thought about that question when we didn't really discuss it. Our view is that these are the general principles that should guide you in putting together a general part. I think that it would be exceedingly difficult to put together a general part that did not also at the same time make substantial consequential amendments to other provisions in the Criminal Code. So there is a serious problem in terms of how this large project of putting together a new Criminal Code comes about. Whether you can really just start with the general part, we don't take a position on.

**Mr. Rideout:** No other comment? That's one that's given us just a tad of indigestion.

**Prof. Ferguson:** What do you think the consequence of that means?

**Mr. Rideout:** It means more work. Some of the recommendations have been to deal just with the general part, get that done, and then try to deal with the other afterwards. But as we start dealing with the general part, we see how it interreacts and wonder whether we have to make some changes as well.

**Mr. Peck:** The only thing I maybe can add to this is that the whole idea of a general part is to create a model or framework within which you then fit those aspects of human conduct that you want to criminalize. The general part is there as a model that eases that passage, as it were. It makes it theoretically easier for you to legislate the substantive offences.

• 1635

Ideally, the Criminal Code—the Law Reform Commission was on its way in this sense—has a general part. It has the substantive offences. It has procedural aspects. It's all-encompassing. I think that task will be many years in coming, if ever, when we finally get to what the idealist would see as the model, ultimate Criminal Code.

Sentencing is another thing that has to be considered in this framework. We think your task—or what we've addressed—is just the general part.

**Mr. Rideout:** I understand that. Do you think it's realistic to expect the Criminal Code to contain all crimes, particularly when we're looking at areas in environmental law and also in corporate and commercial types of things?

**Mr. Peck:** Sure. I can perhaps lead off on that. The Criminal Code will contain all true crime. There is a vast body of regulatory offence or offences out there that can deal with things that Parliament, in its wisdom, says, we don't intend this to be a true crime.

[Traduction]

**M. Rideout (Moncton):** Je voudrais d'abord poser deux questions d'ordre général. Croyez-vous que la partie générale du Code criminel devrait être adoptée par le Parlement avant d'entreprendre une nouvelle codification de la partie spéciale du Code criminel? Si nous décidions d'accepter le texte complet de votre rapport, cela poserait-il des problèmes du point de vue du reste du Code criminel?

**M. Ferguson:** Je ne pense pas que l'on nous ait demandé d'examiner vos problèmes législatifs. Je serais certainement très heureux de vous répondre mais je dois dire tout de suite que le groupe de travail ne s'est pas posé cette question. À notre avis, ces dispositions générales sont uniquement destinées à formuler la partie générale du Code criminel, mais je crois qu'il serait extrêmement difficile d'adopter des dispositions générales sans adopter en même temps des modifications subséquentes importantes aux autres dispositions du Code. Il est incontestable que cela risque de créer des difficultés considérables, mais nous n'avons pas pris position sur la question de savoir si vous pouvez entreprendre cette codification en modifiant uniquement les dispositions générales.

**M. Rideout:** C'est tout? Nous risquons tous de faire une indigestion.

**M. Ferguson:** À votre avis, quelles seraient les conséquences de l'adoption de ces dispositions générales?

**M. Rideout:** Elles exigeront beaucoup de travail. Vos recommandations concernent uniquement les dispositions générales, mais, si elles sont adoptées, il faudra ensuite essayer de modifier les dispositions spécifiques. Nous devons donc, au moment même où nous traitons des dispositions générales, voir l'incidence qu'elles pourraient avoir sur le reste du Code.

**M. Peck:** Tout ce que je puis dire à ce sujet, c'est que l'adoption de nouvelles dispositions générales viserait à établir une structure globale dans laquelle on devrait ensuite intégrer les aspects des divers comportements humains que l'on voudrait sanctionner de manière pénale. En d'autres mots, les dispositions générales sont une sorte de modèle destiné à faciliter ce processus. Théoriquement, elles rendront plus facile l'adoption de dispositions législatives sur les infractions elles-mêmes.

Dans l'idéal, le Code criminel—comme l'a laissé entendre la Commission de réforme du droit—comporte des dispositions générales, des dispositions de fond, et des dispositions de procédure. C'est un texte global. Cela dit, si notre objectif est de rédiger ce texte global, cette forme de Code criminel ultime et idéal, cela risque de prendre fort longtemps.

Le processus sentenciel est un autre élément dont il faudrait tenir compte dans ce contexte. À notre avis, votre tâche—telle que nous l'avons comprise—est simplement d'aborder les dispositions générales.

**M. Rideout:** J'entends bien, mais pensez-vous qu'il serait réaliste de croire que le Code criminel puisse englober tous les actes criminels, notamment ceux concernant l'environnement, les grandes entreprises et les activités commerciales?

**M. Peck:** Certainement. Le Code criminel doit sanctionner tous les vrais crimes. Il y a cependant tout un ensemble d'infractions aux dispositions réglementaires que le législateur, dans sa sagesse, ne considère pas comme des vrais crimes.



[Text]

For instance, Parliament may make that decision for a number of reasons. One of them is that if it's made a regulatory offence, the burden of proof is lower. There may be certain types of conduct, such as corporate conduct or commercial conduct, that perhaps has the capacity or potential of causing environmental harm that might be comparatively difficult to prove if it's part of a Criminal Code and a true crime. This is because it's proved to a very high standard or proved beyond a reasonable doubt. Parliament could think there's a problem out there and it must deal with it. It could decide to make it a regulatory offence. The burden of proof is lower and it can still create very significant penalties for that kind of conduct. You have to decide what aspects of human corporate conduct you wish to criminalize.

**Mr. Rideout:** In that same vein, looking at your proposals, you're recommending the abolition of the offence of criminal negligence.

**Mr. Peck:** No. We're recommending a rational substitution of that offence. That offence would now be reckless driving. That would be for Parliament to decide and it would be proved very much like current criminal negligence is proved.

**Mr. Rideout:** Would it be fair to suggest, say in the area of environmental law, that a reckless discharge of some sort of pollutant could lead to a criminal charge against a corporate president or an official?

**Mr. Peck:** Absolutely.

**Mr. Rideout:** It's really a change of wording rather than what exists now.

**Prof. Ferguson:** That's right. Again, we haven't ruled out the fact that there ought to be offences such as environmental offences in the substantive part of the Criminal Code. That's a matter for Parliament's judgment.

I'd just add to what Mr. Peck said. I think in general we'd like to see the code be as comprehensive as possible. There are some areas of the law in which on occasion it makes more sense to have a separate statute. Narcotic control is one of a few areas where it's debatable as to whether or not you may still have a true crime, but you want that true crime found in a particular statute.

Our general approach is that if it's criminal, it ought to be found in the Criminal Code and there ought to be a good rationale for putting it elsewhere if that's to be the case.

[Translation]

Il se peut parfaitement que le législateur fasse cette distinction pour toutes sortes de raisons, l'une d'entre elles étant que le fardeau de la preuve est moins lourd lorsqu'il s'agit des infractions réglementaires. Il se peut en outre qu'il y ait certains comportements, par exemple de la part des entreprises ou dans le secteur commercial, qui risquent de causer des dégâts environnementaux qui seraient relativement difficile à prouver s'il fallait le faire dans le contexte du Code criminel, c'est-à-dire pour établir qu'il s'agissait de vrais crimes. Dans ce genre de cas, le critère de la preuve établie par le Code criminel est extrêmement rigoureux, puisqu'il s'agit d'une preuve au-delà de tout doute raisonnable. Il se peut fort bien que le législateur estime que ce serait un critère trop rigoureux dans certaines circonstances, et que ce soit la raison pour laquelle certaines infractions sont considérées comme des infractions réglementaires. Cela dit, les sanctions peuvent être extrêmement lourdes, même pour ce type d'infraction. Le rôle du législateur, dans ce contexte, est de décider quelles seront les activités des entreprises et des êtres humains qu'il faudra considérer comme des crimes.

**M. Rideout:** Dans le même ordre d'idée, vous recommandez l'abolition de l'infraction de négligence criminelle.

**M. Peck:** Non, nous recommandons de remplacer cette infraction par une infraction plus rationnelle, qui est celle de l'imprudence. C'est cependant au législateur qu'il appartiendra de décider, et il se peut fort bien que la preuve puisse être établie essentiellement de la même manière qu'elle l'est actuellement dans le contexte de la négligence criminelle.

**M. Rideout:** Prenons le cas du droit de l'environnement. Peut-on envisager qu'une infraction de rejet téméraire de matières polluantes aboutisse à l'inculpation pénale d'un président ou d'un cadre d'entreprise?

**M. Peck:** Absolument.

**M. Rideout:** C'est donc un changement très important par rapport aux dispositions actuelles.

**M. Ferguson:** C'est exact. Je le répète, nous n'avons pas exclu la possibilité qu'il y ait dans les dispositions de fond du Code criminel des infractions telles que les infractions environnementales. C'est le législateur qui en jugera.

Je voudrais ajouter quelques mots. Je crois que notre objectif général est que le code soit aussi exhaustif que possible. Dans certains domaines du droit, il est plus raisonnable d'adopter une loi spécifique. Je songe par exemple à la répression du trafic des stupéfiants. C'est l'un des rares domaines où il y a controverse quant à la nature des actes criminels. Quoiqu'il en soit, si l'on décide que le trafic des stupéfiants est un vrai crime, on peut préférer adopter à ce sujet une loi spécifique.

Notre position générale est que toute disposition concernant un acte criminel devrait se trouver dans le Code criminel, sauf si l'on a de très bonnes raisons pour la faire figurer dans une autre loi.

[Texte]

**Mr. Peck:** If I could just come back, Mr. Rideout, to a question. You say we recommend the abolition of the crime of criminal negligence in the driving sphere. We're not really doing that at all. What we're doing is asking what criminal negligence is right now at law. In driving, criminal negligence, for instance, is a wanton and reckless disregard for the lives and safety of others.

We ask what wanton and reckless mean. Try to find definitions of wanton and recklessness in the jurisprudence. We're saying, here's a definition of recklessness. You don't need to call it criminal negligence any more. You'd call it reckless driving or driving in a reckless manner. Here's our definition of recklessness, ladies and gentlemen of the jury. It has a subjective component and an objective component. Do you find the accused guilty or not guilty?

It's simple. It's there. I suggest to you it would capture every case that has been successfully prosecuted under the rubric of criminal negligence in the last 10 years. Our definition would capture it and prosecute it successfully.

• 1640

**Mr. Pinx:** There is one point I would add. Michelle mentioned how difficult and how complicated charges to juries have been over the years in the areas of self-defence. When you speak to judges, they will tell you that for them to try cases, judge alone, involving criminal negligence causing death, or cases of that kind, they find the whole notion of criminal negligence the most complex in terms of understanding what it means and how it should be applied to a given-fact scenario.

One of the things we addressed in our discussions was not to eliminate a crime but rather to have the crime still there available for prosecution, but let's use understandable language—language that would in our view reflect what the standard of conduct is that we are hoping to apply to that scenario—get away from the confusing language of negligence and words like “advertence” and “inadvertence”, which are words you see in cases that deal with criminal negligence, when as Mr. Peck points out, a very simple statement, such as we have in here, of reckless conduct, reckless driving, would in our view encompass exactly what those cases of criminal negligence are aimed at in today's society.

**Mr. Peck:** If you wanted to get a sense of just how confusing criminal negligence is, you should read the cases of *Tutten* and *Waite* in the Supreme Court of Canada; look at the case and where the judges split, three on one side, three on the other, and one coming down the middle. What conduct does the average citizen think amounts to criminal negligence when he reads those cases? What we are saying is—

**Mr. Rideout:** He could use mistake of law as an argument, because he couldn't figure out what the Supreme Court said.

[Traduction]

**M. Peck:** Je voudrais revenir à votre question précédente, monsieur Rideout. Vous dites que nous avons recommandé l'abolition du crime de négligence criminelle, dans le contexte de la conduite d'un véhicule automobile, mais ce n'est pas vraiment ce que nous proposons. Ce que nous faisons, c'est que nous demandons quel sens a actuellement la négligence criminelle. Par exemple, dans le cas de la conduite d'un véhicule automobile, la négligence criminelle désigne la conduite d'un véhicule au mépris complet de la sécurité d'autrui.

La question se pose alors de savoir ce que l'on entend par mépris, témérité ou imprudence. Essayez de trouver des définitions appropriées dans la jurisprudence! Nous avons donc pensé qu'il serait nécessaire de proposer une définition, ce que nous avons fait, et c'est pourquoi il n'y aurait plus lieu de parler de négligence criminelle. On parlerait de conduite imprudente. L'avocat pourrait donc présenter aux jurés la définition de la conduite imprudente. Cette définition aurait un élément subjectif et un élément objectif, à partir desquels les jurés établiraient la culpabilité ou l'innocence de l'accusé.

Ce serait alors très simple, et c'est déjà-là. À notre avis, cette définition pourrait s'appliquer à toutes les affaires de négligence criminelle qui ont mené à des verdicts de culpabilité dans les 10 dernières années. Notre définition permettrait d'aboutir au même résultat.

**M. Pinx:** Je voudrais ajouter quelque chose. Michelle a mentionné qu'il est devenu au cours des années extrêmement difficile et compliqué de donner des instructions aux jurés dans les affaires d'autodéfense. Quand vous parlez aux juges, ils disent que la notion de négligence criminelle est la plus difficile à comprendre et à appliquer lorsqu'ils sont appelés à juger, seuls, de négligence ayant causé la mort d'homme.

Ce que nous avons voulu faire, ce n'est pas éliminer un crime mais plutôt exprimer les dispositions le concernant en des termes plus compréhensibles—des termes reflétant à notre avis les principes que nous espérons appliquer aux cas considérés—de façon à éliminer toute confusion ou toute terminologie imprécise, comme «par inadvertance». Comme l'a dit M. Peck, l'adoption d'un énoncé très simple comme celui que nous proposons pour la conduite imprudente permettrait d'englober exactement toutes les affaires de négligence criminelle que l'on peut envisager dans la société contemporaine.

**M. Peck:** Si vous voulez avoir une idée de la complexité de la notion de négligence criminelle, lisez les arrêts de la Cour suprême dans les affaires *Tutten* et *Waite*; lisez toute l'argumentation et voyez comment les juges se sont répartis: trois d'un côté, trois de l'autre et un au milieu. Le citoyen ordinaire qui lirait ces arrêts pourrait se demander qu'est-ce que l'on entend par négligence criminelle. Notre argument à nous. . .

**M. Rideout:** Il pourrait sans doute invoquer la défense de l'erreur de droit, étant donné qu'il lui serait impossible de comprendre ce qu'a voulu dire la Cour suprême.



[Text]

**Prof. Ferguson:** It is unreasonable to assume that he could figure out what the Supreme Court meant.

**Mr. Rideout:** I didn't mean to interrupt. I am just hopping around a little bit.

Looking at the issue of intoxication, maybe you could give us a little help on how that would work if somebody was charged with murder and that went off to the jury. Would it come back on the basis of not guilty because of intoxication? Does it go back to the jury again to determine whether he is guilty of an offence by intoxication, or are those the range of options the jury has when they go in the first time? How will that function?

**Prof. Ferguson:** Maybe we ought not to deal with murder, although it is a most important crime to deal with. But Parliament itself, when it gets to dealing with the substantive offence, will look at murder, and they will make some important decisions; first what forms of homicide there will be. There will likely be a crime of murder; there may be another crime similar to or something like manslaughter or perhaps called something like that. Intoxication may work in regard to reducing murder to manslaughter, as it currently does, and these provisions would not necessarily be applicable. That will be one of the sub-decisions that Parliament will make: how does a general principle of intoxication apply to murder and manslaughter?

But let's take another offence, an offence of robbery, for example. An accused alleges that he was too drunk to realize he was either stealing or using force in the theft. The judge will instruct the jury that if they have a reasonable doubt upon that issue and acquit the accused of robbery, they ought to return a verdict of guilty of criminal intoxication, provided they are satisfied that in fact there was force used and property was removed.

The negation of the mental element in acquittal on the charge of robbery will result in the included offence. Why we emphasize "included" is you don't have to start all over; you don't start a new trial. Included offence is a matter the judge charges the jury with prior to going to the jury room. This is the normal law. If you are now charged with murder, a judge will tell the jury what murder means, but if they don't find the elements of murder, they are to go on and also consider the lesser included offence of manslaughter. These are those elements.

So our criminal intoxication offence is an included offence and hence will simply be part of the direction to the jury in any case where the accused is alleging that intoxication has indicated the fault element for the primary crime.

[Translation]

**M. Ferguson:** Il serait déraisonnable de supposer qu'il aurait pu comprendre ce que voulait dire la Cour suprême.

**M. Rideout:** Veuillez m'excuser, je ne voulais pas vous interrompre. Je ne fais que butiner d'un sujet à un autre.

Prenons le problème de l'intoxication. Comment votre proposition pourrait-elle s'appliquer dans le cas d'un sujet accusé de meurtre? Serait-il jugé non coupable en raison de son intoxication? Serait-ce encore le jury qui serait obligé de décider si l'accusé a été coupable d'avoir commis un crime en état d'ivresse, ou y aurait-il d'autres solutions? Comment votre proposition serait-elle appliquée?

**M. Ferguson:** Il serait peut-être préférable de ne pas examiner cela dans le contexte du meurtre, même si c'est l'un des crimes les plus importants. Lorsque le législateur sera saisi d'une infraction de fond, par exemple, le meurtre, il devra prendre des décisions importantes. Il devrait d'abord se demander quelles peuvent être les différentes formes de meurtre. Il décidera probablement qu'il y aura des cas de meurtre, puis des comportements semblables, mais qu'il appellera homicides ou quelque chose du genre. L'intoxication pourra être invoquée pour ramener l'accusation de meurtre à une accusation d'homicide involontaire, comme c'est actuellement le cas, et ces dispositions ne s'appliqueront donc pas nécessairement. Cela fera partie des décisions que le législateur devra prendre: comment un principe général d'intoxication devrait-il s'appliquer au meurtre et à l'homicide involontaire?

Prenons maintenant un autre type d'infraction, le vol qualifié, par exemple. Supposons que l'accusé affirme qu'il était saoul, pour comprendre qu'il était en train de voler ou qu'il faisait usage de la force pour voler. Le juge pourra donner au jury l'instruction d'acquitter l'accusé de vol qualifié s'il a un doute raisonnable à ce sujet, mais de rendre alors un verdict de culpabilité d'intoxication criminelle, s'il est convaincu que l'accusé a fait usage de la force et a effectivement volé des biens.

L'annulation de l'élément moral dans l'acquittement sur l'accusation de vol qualifié entraînera la culpabilité au sujet de l'infraction incluse d'office. Pourquoi soulignons-nous qu'il s'agit d'une infraction «incluse», c'est parce que cela évite de devoir reprendre tout le processus. Il n'est pas nécessaire d'intenter un nouveau procès. L'infraction incluse d'office aura été définie par le juge lorsqu'il aura donné ses instructions au jury, avant que celui-ci n'entreprenne ses délibérations. C'est la loi normale. Aujourd'hui, si vous êtes accusé de meurtre, le juge va expliquer au jury ce qu'est un meurtre, en précisant que si le jury conclut que l'accusé n'est pas coupable de meurtre, il doit ensuite examiner s'il est coupable de l'infraction incluse d'office et moindre d'homicide involontaire. Voilà les éléments à prendre en considération.

• 1645

Donc, notre infraction d'intoxication criminelle est une infraction incluse que le juge mentionnera simplement au jury dans toute affaire où l'accusé prétend que c'est l'intoxication qui a provoqué le crime qu'on lui reproche.



**[Texte]**

**Mr. Peck:** This is a very special approach or provision, which we've taken in part from law in other jurisdictions, I think primarily some of the states of Australia and in part from the Law Reform Commission. How do we take a rational approach to the defence of drunkenness? Defence of drunkenness is something bandied about on the street. You hear people talk about it—how dare that person suggest that because he was drunk he should get off, etc.—without any real understanding of how the defence has historically operated.

If we accept that a crime requires a mental state, an operating mind, an intentional mind, and we accept that someone was so grossly intoxicated that they committed the offence without that accompanying mental state, then consistent with our theoretical framework, we excuse them from that crime, or we acquit them of that crime. But what we are saying here is, wait a second. Rationally, objectively viewed, people who get themselves drunk know they're likely to conduct themselves in a manner they wouldn't reasonably conduct themselves in. We know that. We know that about alcohol. Society has accepted that it shall be lawful to purchase, possess, and consume alcohol. It's a drug. We have said that many years ago. But we also accept that there are very significant risks associated with alcohol.

So what we are saying here is, look, if you set out to get drunk, we vest a certain culpable mental element in that decision you made. You chose to set out to get drunk. You caused harm. You were so blind drunk you didn't know what you did. You weren't aware of it at the time. You didn't have an operating mind, or whatever. Okay, you're not guilty of robbery, but you are guilty of criminal intoxication and you are subject to punishment, and we've put that punishment at the same order as attempts; that is, one-half of the punishment available for the crime with which you were charged. We think that's a rational, sensible approach for society to take to this issue.

**The Chairman:** Is that too generous a punishment, in the sense that it would distort the activities of defence counsel during a trial?

**Mr. Peck:** The reality is the defence of drunkenness seldom succeeds. Juries, judges, are very loath to give way to a defence of intoxication. In those few cases where it does succeed. . . If you looked at the cases where it is raised and the number of times it succeeds, it's a bit like insanity. It is very, very low. The probability of succeeding on a defence of drunkenness is comparatively low.

**Prof. Ferguson:** Of course you know the maximums set are generally set quite high, and I think even if they are somewhat lower in the new bill they will still be set fairly high, because the maximum is set to deal with the worst-case

**[Traduction]**

**M. Peck:** Il s'agit là d'une disposition très spéciale, que nous avons reprise du droit d'autres pays, notamment de certains États d'Australie, et qui avait été proposée par la commission de réforme du droit. Comment adopter une démarche rationnelle au sujet de la défense de l'état d'ivresse? C'est une défense qui est souvent contestée par les citoyens. On entend les gens se demander comment un accusé peut affirmer qu'il devrait être acquitté simplement parce qu'il était en état d'ivresse. En fait, on ne comprend pas quels sont les antécédents historiques de ce moyen de défense.

Si l'on accepte l'idée qu'un crime ne peut être commis sans un état d'esprit spécifique, sans une intention réelle, et si l'on considère que quelqu'un était tellement intoxiqué au moment où le crime a été commis qu'il ne pouvait avoir l'état d'esprit requis, il s'ensuit logiquement que l'accusé ne peut pas être trouvé coupable d'avoir commis ce crime. Cela dit, dans nos recommandations, nous affirmons qu'il ne faut pas en rester là. Rationnellement et objectivement, nous pouvons considérer que les gens qui se saoulent savent qu'ils sont susceptibles de se conduire d'une manière qui ne serait pas raisonnable. Or, cela nous le savons, au sujet de l'alcool. La société estime qu'il est légal d'acheter, de posséder et de consommer de l'alcool. Or, l'alcool est une drogue, il y a longtemps qu'on le dit. On sait également que la consommation d'alcool comporte des risques très importants.

Notre raisonnement à nous est de dire que celui qui se saoule le fait dans le contexte d'un facteur moral assorti d'un certain degré de culpabilité. Autrement dit, vous, qui avez décidé de vous saouler, saviez ce que vous faisiez. Or, vous avez causé un préjudice. Évidemment, vous étiez tellement saoul que vous ne saviez pas ce que vous faisiez, vous n'aviez pas conscience de vos actes au moment où vous les commettiez. Vous n'aviez donc pas cet état d'esprit intentionnel. De ce fait, vous n'êtes certes pas coupable d'avoir commis un vol qualifié, mais vous êtes coupable d'intoxication criminelle volontaire et vous êtes donc passible d'une certaine sanction. Dans notre échelle, cette sanction est de même nature que celle prévue pour des tentatives d'actes criminels. Autrement dit, elle représente la moitié de la sanction dont est passible le crime dont vous étiez accusé. À notre avis, c'est là une démarche tout à fait rationnelle et raisonnable de la part de la société face à ce problème.

**Le président:** Ne s'agit-il cependant pas d'une sanction trop généreuse, dans la mesure où elle va forcer le comportement de l'avocat de la défense durant le procès?

**M. Peck:** En réalité, la défense d'intoxication par l'alcool est rarement acceptée. Les jurés et les juges hésitent beaucoup à l'accepter. Dans les rares cas où elle l'a été, elle a été interprétée un peu comme l'aliénation mentale. Mais les chances de succès sont extrêmement faibles.

**M. Ferguson:** Vous savez que la peine maximale est généralement assez lourde dans ce genre de situation. Même si elle est un peu allégée dans le nouveau code, elle restera relativement rigoureuse, étant donné qu'elle correspond au



[Text]

scenario, the worst possible case of that offence you can imagine. So the average or normal case will fall well below the maximum. For example, if the maximum for robbery becomes 10 years, which it may well become, what this would do is it would still provide for a maximum penalty of up to 5 years for a robbery by a person so drunk they didn't know they were committing robbery.

The reason we chose the attempt is that there is almost a philosophical connection. What this person has really tried to do, in a sense, but failed, is to commit the full offence of robbery. They were too incapacitated really to complete the crime in the same sense. So in the same way as we reduce the offence of a person who commits an attempt at robbery for other reasons, the robbery really failed, in the legal sense, because there was no mental capacity there. So we see some type of connection.

Parliament may decide, when they look at the law of attempts, that the current provision of saying attempts are punishable by half the full offence does not reflect an appropriate proportionality between an attempted harm and a full harm. They may want to raise it. They may want to alter that. All we're saying is at this stage there seems to be a connection, and striking a balance for criminal intoxication at the level for attempted offence seems to have some rational basis to it.

• 1650

**Mr. Laporte (Moose Jaw—Lake Centre):** Your approach and the commission's approach to this—how is it different or how is it similar?

**Prof. Ferguson:** If I could take a minute and defer your question, I'll look at theirs. We did study theirs but I'm just not able to rhyme and verse. There are a couple of significant differences. I'll forestall my answer before looking at it, and we'll come back to that question in a minute if we might.

**The Chairman:** My recollection is that they recommended that you'd be convicted of the substantive offence, but while intoxicated.

**Prof. Ferguson:** While intoxicated.

**The Chairman:** That's correct. That's what they say. I was about to say that there are some similarities. We both agree that one ought not to take the approach that intoxication is simply an outright acquittal and walk away from the matter. Our approaches are similar in that respect. We felt that the approach we took made a little bit more sense. In our document at pages 106 and 107 we do purport to give some reasons for that, but I'm going to review those before I try to respond more specifically.

**Mr. Laporte:** In a general way, regarding this document tonight, I suppose law is made by males and from a male perspective, often a certain type of male, and I'm just wondering have you—

[Translation]

scénario le pire que l'on puisse envisager. Donc, dans un cas typique, la peine infligée sera bien inférieure à la peine maximale. Par exemple, si le maximum prévu pour le vol qualifié est de dix ans, ce qui est fort possible, il en résultera qu'il y aura toujours une peine maximum de cinq ans dans le cas d'un vol qualifié commis par un malandrin tellement saoul qu'il ne savait pas qu'il le commettait.

La raison pour laquelle nous avons assimilé cette situation à celle de la tentative est qu'il y a presque un lien philosophique entre les deux. Autrement dit, ce que l'accusé a vraiment tenté de faire, mais n'a pas réussi, dans une certaine mesure, c'est de commettre un vol qualifié au sens plein du terme. Il était trop intoxiqué pour commettre le crime en soi. Or, tout comme nous réduisons l'infraction de celui qui commet une tentative de vol, ce qui suppose que la tentative n'a pas abouti, nous réduisons l'infraction commise en état d'ivresse parce que, du point de vue strictement juridique, l'accusé n'avait pas la capacité mentale requise. Voilà l'explication.

Cela dit, lorsque le législateur examinera les dispositions concernant les tentatives d'actes criminels, il se peut fort bien qu'il décide que le fait qu'elles soient actuellement sanctionnées par la moitié de la peine prévue pour le crime considéré, ne reflète pas de manière proportionnelle le lien existant entre la tentative de préjudice et le préjudice même. Autrement dit, le législateur voudra peut-être alourdir la peine dans les cas de tentatives. Tout ce que nous disons, c'est qu'il devrait y avoir un lien de même nature dans le cas d'un crime commis en état d'ivresse.

**M. Laporte (Moose Jaw—Lake Centre):** Votre attitude à ce sujet et celle de la Commission, en quoi sont-elles différentes ou se ressemblent-elles?

**M. Ferguson:** Si je peux prendre une minute et revenir plus tard à votre question, je vais examiner la leur. Nous avons étudié la leur mais tout ne me paraît pas bien clair. Il y a quelques différences importantes. Je vais répondre avant de passer à cela et nous reviendrons à cette question dans une minute, si cela vous convient.

**Le président:** Il nous semble qu'on avait recommandé que l'on prononce la condamnation pour l'infraction substantielle, mais en état d'ivresse.

**M. Ferguson:** En état d'ivresse.

**Le président:** C'est exact. C'est ce qu'elle avait dit. J'allais dire qu'il y a certaines similitudes. Nous sommes d'accord pour dire qu'il ne faudrait pas considérer que l'état d'ivresse se traduit par un acquittement pur et simple et laisser tomber cette question. Nous avons la même attitude à cet égard. Nous pensons que la nôtre est un peu plus sensée. Aux pages 106 et 107 de notre mémoire, nous essayons d'expliquer nos raisons mais je vais d'abord les examiner avant de vous répondre de façon plus précise.

**M. Laporte:** De façon générale, au sujet du document de ce soir, je suppose que le droit est défini par les hommes, du point de vue masculin, souvent celui d'une certaine catégorie d'hommes, et je me demande si vous. . .

[Texte]

**Mr. Pinx:** Michelle is not a male.

**Mr. Laporte:** I appreciate that. But generally there's that emphasis put on criminal law and other laws, and I'm just wondering what thoughts have you given to that and what areas should we be—

**Mr. Peck:** Perhaps Gerry can respond to this, because we anticipated a question of this type. Then Michelle can give a second response.

**Mr. Laporte:** He's doing research right now.

**Prof. Ferguson:** He was, but this is a very important question. We're of the opinion that our document does in fact reflect a concern about not only gender but certainly gender. It reflects a concern that, as you would expect, a document that is 100 years old tends to reflect certain male traditions. It also tends to reflect certain class-based traditions as well.

We think we've adopted an approach that is sensitive to that. I'd like to describe that approach by referring to a couple of the areas. What we've attempted to do is remove certain technical, inflexible standards in various defences such as self-defence, provocation, necessity, where those standards were set by males, white upper-class males, and did not adequately reflect the felt needs and necessities of society in general, and that would mean women and persons of different cultural backgrounds and basically persons of a lower socio-economic class and education.

In all these areas we've tried generally to remove those standards, and as Michelle and Sheldon have pointed out to you in discussing those defences, we've inserted a very simple standard: reasonable in the circumstances. Well, reasonable in the circumstances as that person perceived them or experienced them. Those are the circumstances of gender if you happen to be a woman, or of race if you happen to come from a particular ethnic or cultural background, with regard to provocation. One word that would be provocative to a person of one race would not necessarily be to another.

Likewise with regard to necessity in terms of persons who find themselves in desperate situations with really no place to turn, they may resort to some forms of conduct that we would not normally expect of persons, but in their necessitous condition society perhaps should be more tolerant.

Our document attempts to set one standard that we think avoids the problem of saying we are being ultra-sensitive or insensitive to one particular group in society. Rather, we're saying the standard is one of acting reasonably under the circumstances in which that person finds himself or herself. What are those circumstances? Well, that's life. That's the society. That's the position in which they find themselves.

• 1655

I'll stop there. Certainly our approach to self-defence is just one of those examples, I think.

[Traduction]

**M. Pinx:** Michèle n'est pas un homme.

**M. Laporte:** Je le sais bien. Mais en général on met l'accent sur le droit criminel et d'autres lois et je me demande dans quelle mesure vous avez réfléchi à cela et quels sont les secteurs que nous. . .

**M. Peck:** Gerry pourra sans doute vous répondre parce que nous nous attendions à une question de ce type. Michèle pourra ensuite vous donner une deuxième réponse.

**M. Laporte:** Il fait des recherches en ce moment.

**M. Ferguson:** Il le faisait mais c'est une question très importante. Nous pensons que notre document reflète une préoccupation ne portant pas exclusivement sur la question du sexe mais l'incluant à coup sûr. Ce qui nous préoccupe, c'est que, comme l'on peut s'y attendre, un document établi il y a cent ans a tendance à refléter certaines traditions masculines, ainsi que certaines traditions sont fondées sur la notion de classe.

Nous pensons avoir adopté une attitude tenant compte de cela. Je voudrais la décrire en faisant allusion à certains secteurs. Nous avons voulu supprimer certaines normes techniques, rigides utilisées dans différents modes de défense tels que la légitime défense, la provocation, la nécessité, lorsque ces normes avaient été établies par des hommes, des hommes blancs de classe supérieure et qu'elles ne reflétaient pas de façon satisfaisante ce que nous percevons comme les besoins de la société en général, c'est-à-dire des femmes et des gens ayant des origines culturelles différentes et, de façon générale, les gens peu instruits et appartenant à une classe socio-économique inférieure.

Dans tous ces secteurs, nous avons essayé de façon générale de supprimer ces normes et, comme Michèle et Sheldon vous l'ont signalé en parlant de ces moyens de défense, nous avons inséré une norme très simple: raisonnable dans les circonstances. Ce qui revient à dire, raisonnable dans les circonstances telles que l'intéressé les a perçues ou les a vécues. Ce sera le sexe s'il s'agit d'une femme, ou la race s'il s'agit d'un sujet ayant une origine ethnique ou culturelle particulière, pour ce qui a trait à la provocation. Une personne d'une certaine race peut considérer comme une provocation un mot qui n'affectera pas nécessairement de la même façon une personne d'une autre race.

De la même façon, pour ce qui a trait à la nécessité pour les gens qui se trouvent dans une situation désespérée, sans aucune porte de sortie, ils peuvent se résoudre à adopter une certaine conduite que l'on n'attendrait normalement pas de lui; mais, vu la situation particulière de nécessité, la société devrait peut-être faire preuve de plus de tolérance.

Notre document s'efforce d'établir une norme qui nous paraît pouvoir éviter de dire que nous sommes trop sensibles ou insensibles à un groupe donné de la société. Nous disons au contraire que cette norme correspond au fait d'agir raisonnablement dans les circonstances dans lesquelles l'intéressé se trouve. Quelles sont ces circonstances? Eh bien, c'est la vie. C'est la société. La situation dans laquelle il se trouve.

Je vais m'arrêter ici. Notre approche à l'égard de la légitime défense n'est qu'un de ces exemples.



[Text]

**Mr. Laporte:** The one example that comes to mind is the battered wife syndrome. I wonder if you could talk about how your code would affect a woman who is in a situation where she's constantly harassed and then acts out, either kills her husband or hurts him very badly, and how that's a change from the current code.

**Ms Fuerst:** If I can try to deal with that, one of the difficulties with the current self-defence provision was made very clear in the scenario you're proposing, that of a battered woman who kills her husband. If you go back to the *Lavallée* decision in the Supreme Court of Canada and read that decision, you'll see what the Supreme Court had to do really to torture the language of section 34 to find a way in which that defence could become available to a woman in Mrs. Lavallée's circumstances.

As Professor Ferguson has pointed out, by very simple language, by saying "such force as, in the circumstances as that person believes them to be, it is reasonable to use", what is captured is what I think is the fundamental concept involved in the battered woman's syndrome, as it has come to be referred to in the context of self-defence; that is, it's the woman's perception that is significant. Granted, one has to weigh that to some extent in terms of a reasonableness standard, because obviously we don't want to have a kind of self-defence that permits people really to rule by what some people call the law of the jungle and go off and do whatever they want. So some limits have to be placed on it, but by changing the wording to say "in the circumstances as that person believes them to be", we believe we capture the notion of having to look at the woman's perceptions in light of her background and her experience and her circumstances. That's essentially the wording that the Supreme Court of Canada tried to import into section 34 in *Lavallée*.

**Mr. Peck:** You can see how our adherence to a subjective element works so well here. If you have to consider the subjective state of mind of the person, you consider that constellation of experience and background, personal characteristics, when considering that aspect. That would embrace those things, which is why we are so happy with our self-defence. It does capture. We think it quite clearly captures and allows for not only the battered wife syndrome but perhaps also the evolution of other types of what I suppose we would say are novel defences. By doing this, we hope that we are taking out of the situation forcing judges into trying to torture law to meet modern-day needs. We think we're doing that, and we think we've done it there.

**Mr. Laporte:** Just to follow up on that, as you said, society today is totally different from the society 100 years ago. We're a different Canadian society and it's evolving and people such as myself, or perhaps such as yourselves, can't always appreciate the full ramifications. We come from a specific culture and we are socialized in a specific way.

[Translation]

**M. Laporte:** On pense à l'exemple du syndrome de la femme battue. Pourriez-vous nous dire quel effet votre code aurait sur une femme subissant un harcèlement constant et qui passe ensuite aux actes, et tue son mari ou le blesse grièvement. Quelle serait la différence par rapport au code actuel.

**Mme Fuerst:** Je vais essayer de vous répondre. L'un des problèmes que pose la disposition actuelle sur la légitime défense ressort clairement du scénario que vous présentez, celui de la femme battue qui tue son mari. Si l'on se reporte à l'arrêt *Lavallée* de la Cour suprême du Canada, on voit que la Cour suprême a vraiment dû faire violence au libellé de l'article 34 pour arriver à trouver une façon de permettre à une femme dans la situation de M<sup>me</sup> Lavallée de pouvoir se servir de ce moyen de défense.

Comme l'a signalé le professeur Ferguson, un libellé très simple, disant «la force qu'il est raisonnable d'utiliser dans les circonstances telles qu'elles sont perçues par cette personne», permet de saisir ce qui me paraît être le concept fondamental associé au syndrome de la femme battue, comme on le désigne maintenant, dans le contexte de la légitime défense; c'est-à-dire que la perception qui compte est celle de la femme. Bien sûr, il y a lieu de pondérer quelque peu cette affirmation par une norme raisonnable, car nous ne voulons évidemment pas que la notion de légitime défense puisse aboutir à la loi de la jungle, les gens pouvant alors faire n'importe quoi. Il faut imposer certaines limites, mais en disant maintenant «dans les circonstances telles que les perçoit cette personne», nous pensons tenir compte de la nécessité d'envisager les perceptions d'une femme, compte tenu de ses antécédents, de son expérience et de la situation dans laquelle elle se trouve. Cela correspond en fait au libellé que la Cour suprême du Canada a essayé de surimposer à l'article 34 dans l'affaire *Lavallée*.

**M. Peck:** Vous pouvez voir que le fait de nous en tenir à un élément subjectif donne de bons résultats ici. S'il faut tenir compte de l'état d'esprit subjectif d'une personne, il faut envisager l'ensemble de son expérience, de ses antécédents, de ses particularités personnelles. On tiendrait compte de ces éléments, et c'est pourquoi nous sommes tellement satisfaits de notre notion de légitime défense. Elle englobe tout cela. Nous pensons qu'elle est très claire à cet égard et envisage non seulement le syndrome de la femme battue, mais peut-être également l'évolution d'autres catégories de ce que l'on peut sans doute considérer comme de nouveaux modes de défense. De cette façon, nous espérons éviter aux juges d'avoir à faire violence au texte de la loi pour répondre aux besoins actuels. C'est ce que nous pensons faire et nous croyons l'avoir fait ici.

**M. Laporte:** Pour continuer dans la même veine, comme vous l'avez dit, la société d'aujourd'hui n'est plus celle d'il y a 100 ans. La société canadienne est différente, elle évolue, et des gens comme moi, ou peut-être même comme vous, ne sont pas toujours en mesure d'en saisir toutes les ramifications. Nous sommes issus d'une culture donnée et nous sommes socialisés d'une façon donnée.

[Texte]

In drafting this code, did you run this by... or did you have some kinds of either minorities...? I know that obviously women have been on it, but... I guess what I'm saying is that we have to be very careful that when Parliament enacts this code—and it takes a century to change these codes—it's going to reflect all of society. When Parliament is dealing with this, perhaps there should be consideration of listening to various groups that represent various aspects of our society. Have you done that in drafting this code?

• 1700

**Prof. Ferguson:** I think it is fair to say we did not set that out as a distinct task, but at least many of us on the committee are quite sensitive, as you are, to the fact that our laws must reflect a multicultural community. Several members of this committee have been sitting on other committees that have been dealing with those matters in different contexts. So I think there was a sensitivity to that around the table.

Secondly, my experience with concerns about the criminal law from the visible-minority community and other ethnic communities relates to matters that generally do not impinge on the general principles for criminal liability. It relates to two other areas, perhaps three, which you will have to struggle with.

The first is the application of the law: is it applied in an even-handed fashion? In particular, that begins with the police, but it proceeds all the way through the process of prosecutor, defence counsel, judge, and the correctional system. It is the application of the law that is of greatest concern.

Secondly, the substantive law of crimes, again, which we have not addressed...in some specific areas there may be some offences that one group in society would claim unduly impinge on their behaviour in a way they do not, perhaps, on the majority side. So there may be some specialized offences or crimes a particular group in society wants to make a special submission on.

But in terms of the general principles of criminal liability, which are all we are dealing with here, we have attempted to be responsive to that problem of application by removing those inflexible male, white standards and trying to put in a community standard, which is that you behave reasonably, under the circumstances, as judged by your community. I think for general principles that is as far as the document can go.

But I think your question is a very important one, and one parliamentarians must keep first and foremost in their minds. I think their challenge in dealing with that comes at the other two stages, though, principally.

**Mr. Peck:** There is no doubt in my mind that you will get views that are in opposition to the approach we have taken and that come from people who hold very sincere beliefs on the way the criminal law should look, should be.

[Traduction]

En rédigeant ce code, l'avez-vous présenté à... ou est-ce que certaines minorités...? Je sais que, de toute évidence, des femmes ont eu leur mot à dire, mais... En fait, ce que je veux dire, c'est qu'il faut être très prudent pour que, lorsque le Parlement approuvera ce code—et il faut un siècle pour modifier ces codes—, celui-ci reflète l'ensemble de la société. Lorsque le Parlement l'étudiera, il faudrait peut-être envisager d'entendre différents groupes représentant différents secteurs de la société. L'avez-vous fait en rédigeant ce code?

**M. Ferguson:** À dire vrai, nous ne nous sommes pas directement fixés un tel objectif mais, au moins, nous sommes nombreux au sein du comité à être aussi sensibles que vous au fait que nos lois doivent être le reflet d'une collectivité multiculturelle. Plusieurs membres du comité ont siégé à d'autres comités qui s'occupaient de ces questions dans des contextes différents. Je pense donc que dans l'ensemble, nous étions sensibles à ces questions.

Deuxièmement, à ma connaissance, les préoccupations des minorités visibles et des autres minorités ethniques au sujet du droit criminel concernent des questions qui ne touchent généralement pas les principes généraux de la responsabilité criminelle. Elles concernent deux ou trois autres domaines sur lesquels vous devrez vous pencher.

Il y a d'abord l'application de la loi: est-elle appliquée de façon équitable? Cela commence par la police mais continue ensuite jusqu'à la fin en passant par l'avocat de la Couronne, l'avocat de la défense, le juge et le système correctionnel. C'est l'application de la loi qui est le plus grand sujet de préoccupation.

En deuxième lieu, il y a le droit substantiel, que nous n'avons pas abordé... Dans certains domaines précis, il peut exister certaines infractions dont un groupe de la société pourrait dire qu'elles portent atteinte de façon injustifiée à son comportement d'une façon qui ne s'applique peut-être pas à la majorité de la société. Il peut donc y avoir certaines infractions ou certains crimes à propos desquels un groupe particulier de notre société pourrait vouloir intervenir spécialement.

Mais, pour ce qui a trait aux principes généraux de la responsabilité criminelle, et ce n'est que de cela que nous nous occupons ici, nous avons essayé de tenir compte de ce problème d'application en supprimant les normes rigides de l'homme blanc en les remplaçant par une norme sociale, c'est-à-dire la nécessité de se comporter d'une façon que la collectivité à laquelle on appartient juge raisonnable dans les circonstances. Je pense que ce document ne peut pas aller plus loin en matière de principes généraux.

Mais votre question me paraît très importante, et les parlementaires doivent lui accorder la priorité. Je pense que la difficulté à cet égard se pose cependant surtout aux deux autres étapes.

**M. Peck:** Je suis certain que vous recevrez des critiques sur la position que nous avons adoptée, émanant de personnes ayant des convictions très sincères au sujet de ce que devrait être le droit criminel. De notre côté, nous avons



*[Text]*

Within our framework, we attempted to have a corporate body task force, the committee itself, that drew from a great deal of experience and a wide variety of experience. Every designate who attended our meetings brought to those meetings the wisdom of his or her working group in the province he or she came from. These working groups, for instance in Vancouver, had several women, a number of men, and would beat issues to death and then send that person to our meetings with instructions on positions they were to take on certain things. And I think that was fairly common.

But just as a final word on this, again, what we have attempted to do here is make criminal law that is in a sense neutral in its application but recognizes and embraces distinctions and differences between individuals. A good example—we have given you self-defence—is provocation. An accused is provoked if, as a result of another's act or statement the accused loses self-control "where a person in the accused's situation, under the circumstances as the accused believes them to be, would lose self-control". So the first thing the jury has to consider is, look at this person; this is a new immigrant to the country, female, under economic restraint, etc. In other words—

**Prof. Ferguson:** The latter comment, "under economic restraint," does not distinguish them from the rest of us in the country, does it?

**Mr. Peck:** Just one other point on the attempt we made, I think, to be conscious of the very issues you have raised. When Michelle presented her portion on self-defence and the excessive force in self-defence, the excessive force in self-defence where a person dies... the law now is you are guilty of murder. That is the current law, according to the Supreme Court of Canada. You are guilty of murder if the force used was more than what was reasonable in the circumstances.

• 1705

One of the things that motivated us, I recall in our discussions, was the battered wife syndrome, where we're seeing that scenario happen more frequently. We feared that there could be a verdict of a jury that said, yes, there was this history to it but the force that was used on this given occasion—on the face of the history—was not reasonable. It was more than reasonable. That person would be convicted of murder.

We feel that would not be a proper result. I don't think society would think that would be a proper result. Manslaughter, in our view, would be a proper result because then it could reflect, I would hope, in society's mind a more balanced compromise and understanding of what that accused perhaps experienced up to the point where the fatality took place.

I just want you to be aware of that example of the attempt that we made to be sensitive to real-life situations that were out there that did not deal specifically with the male but dealt with the unique experience of the woman in that particular situation.

*[Translation]*

essayé d'avoir un groupe de travail collectif, le comité lui-même, s'appuyant sur une expérience très riche et très variée. Chaque délégué participant à nos réunions y a apporté le fruit des réflexions du groupe de travail de sa province d'origine. Ces groupes de travail, à Vancouver par exemple, comprenaient plusieurs femmes, un certain nombre d'hommes et traitaient une question absolument à fond avant d'envoyer cette personne à nos réunions avec des instructions sur la position à adopter sur certains sujets. Cette pratique était assez courante.

Mais, pour terminer là-dessus, je répéterai que ce que nous avons essayé de faire, c'est d'avoir un droit criminel qui soit, en quelque sorte, neutre dans son application tout en reconnaissant les distinctions et les différences entre les personnes et en tenant compte. Un bon exemple—nous avons parlé de la légitime défense—est la provocation. Une personne accusée est provoquée si, à la suite d'une action ou d'une déclaration d'un tiers, elle perd le contrôle de ses actes «lorsqu'une personne se trouvant dans la situation de la personne accusée, dans les circonstances telles qu'elles sont perçues par celles-ci, perdrait le contrôle de ses actes». Le jury doit donc avant tout examiner la personne: est-elle récemment immigrée, est-ce une femme, a-t-elle des difficultés économiques, etc. En d'autres termes...

**M. Ferguson:** Votre dernière remarque, «a-t-elle des difficultés économiques» ne la distingue pas des autres habitants du pays, n'est-ce pas?

**M. Peck:** Juste une autre remarque au sujet de notre tentative de tenir compte des différentes questions que vous avez soulevées. Lorsque Michèle a présenté sa partie sur la légitime défense et sur l'usage excessif de la force en cas de légitime défense, lorsqu'une personne meurt... Le droit actuel considère cela comme un meurtre. C'est le droit actuel d'après la Cour suprême du Canada. Vous commettez un meurtre si la force utilisée a été supérieure à ce qui pouvait être raisonnable dans cette situation.

Je me souviens que, dans nos discussions, l'une des choses qui nous ont motivé est le syndrome de la femme battue, où ce scénario est fréquent. Notre crainte était qu'un jury puisse décider qu'il y a bien eu des précédents, mais la force dont il a été fait usage en cette occasion—d'après les antécédents—n'était pas raisonnable. Elle était excessive. Cette personne serait reconnue coupable de meurtre.

Nous pensons que cela ne serait pas satisfaisant. Je ne pense pas que la société considérerait cela comme satisfaisant. L'homicide involontaire coupable serait selon nous approprié car il correspondrait, j'espère, dans l'esprit de la société à un compromis et à une compréhension plus justes de ce que la personne accusée a connu jusqu'au moment où le drame s'est produit.

Je tiens seulement à attirer votre attention par cet exemple sur les efforts que nous avons faits pour tenir compte des situations réelles qui ne concernent pas directement les hommes mais tiennent compte de l'expérience unique de la femme dans cette situation particulière.



[Texte]

**Ms Fuerst:** Can I just make one last comment on this matter? I think the issue you raised has another aspect to it and that is having, at some point, determined what we want our criminal law to be and how we want our Criminal Code to be worded, how do we ensure that people from minority groups who are new to this country can be exposed to and understand that law? That, I think, is one of the points we have tried to make in emphasizing that you need to have a Criminal Code that is easily understandable and that's accessible to members of the public.

In our own practices we see situations, for example, of individuals coming to this country from other cultures where certain kinds of behaviours are accepted as being the societal norm. I can think of examples from my own clients where in certain other societies conferring a benefit on a government official is not necessarily considered as being out of the norm of accepted societal behaviour. Unfortunately, the individual comes to this country and offers \$100 to a Ministry of Transport employee to pass her driving test and is charged with a very serious criminal offence.

That, I think, is another aspect of the problem you raise. Somebody also has to take a good, long look at it. It may not be your committee, but I think somebody has to appreciate that the criminal law has not been, to date, particularly accessible to members of society generally, never mind to those who are new to our society and who we want to integrate into the Canadian culture, if there is such a thing.

**The Chairman:** Mr. Laporte, do you have another point you would like to make?

**Mr. Laporte:** I have a number of questions.

The first one is just a general discussion on this advancing of negligence and recklessness as it also advances into that area. I appreciate your recommendations. I'm just wondering though about your recommendation of this subjective-objective test for recklessness.

We were talking earlier of a specific case where there is a nurse in a hospital who administers some blood that she should've done some testing on. It turns out that this is bad blood and someone dies as a result. The nurse didn't have time. She was busy and just administered the blood and didn't think of the consequences. So it did not meet the subjective test.

It seems to me that perhaps given that person's position of authority, maybe some liability should occur. I'd think that under your code there would be no liability. I'm just wondering if you could use that as an example to comment generally on this expansion into recklessness and negligence area.

**Mr. Peck:** We're trying to deal with a framework of mental fault—the fault element—that will capture, criminalize and punish conduct that most of us as ordinary citizens want to see punished. What if that nurse, in the scenario you describe, had an extremely hectic day? Maybe she has a very unpleasant home life and a boss who's kind of nasty. Who knows? Doctors are yelling at her. She makes an error and omits a step or procedure. Maybe in that context

[Traduction]

**Mme Fuerst:** Puis-je faire une dernière remarque à ce sujet? Je pense que la question que vous avez soulevée a une autre facette; quand nous aurons déterminé, à un certain point, ce que nous attendons du droit criminel et comment nous voulons qu'il soit libellé, comment allons-nous veiller à ce que les personnes appartenant à des groupes minoritaires et récemment arrivés dans notre pays soient mises au courant de nos lois et les comprennent? Je pense que c'est l'une des choses sur lesquelles nous avons essayé d'insister, à savoir que le Code criminel doit être facile à comprendre et accessible au grand public.

Dans notre propre activité professionnelle, nous voyons par exemple le cas de personnes qui arrivent de pays et de cultures où certains types de comportements sont acceptés par la société. Je pense à des exemples de certains de mes clients; dans leur société, le fait d'accorder un avantage à un représentant du gouvernement n'est pas nécessairement considéré comme incompatible avec les normes sociales de comportement. Malheureusement, cette personne vient dans notre pays et offre 100\$ à un employé du ministère des Transports pour obtenir un permis de conduire, et on l'accuse d'un acte criminel très grave.

Il s'agit là d'un autre aspect du problème que vous soulevez. Il faut que quelqu'un se penche là-dessus de très près. Peut-être pas votre comité, mais je pense que quelqu'un doit se rendre compte que le Code criminel n'a jusqu'à présent guère été accessible aux membres de la société en général, sans parler de ceux qui viennent d'arriver dans notre société et que nous souhaitons intégrer dans la culture canadienne, si celle-ci existe.

**Le président:** Monsieur Laporte, voulez-vous ajouter quelque chose?

**M. Laporte:** J'ai un certain nombre de questions.

La première n'est qu'une réflexion générale sur l'extension à ce domaine de la négligence et de la témérité. Je comprends vos recommandations, mais je me demande ce qu'il faut penser de votre recommandation à propos du critère subjectif-objectif de témérité.

Nous parlions précédemment du cas précis d'une infirmière dans un hôpital qui donne du sang qui aurait dû être testé. Il se trouve que ce sang est infecté et qu'il entraîne le décès d'une personne. L'infirmière manquait de temps, elle était occupée et a administré le sang sans penser aux conséquences. Cela ne répond donc pas au critère subjectif.

Il me semble que, étant donné que cette personne est en position d'autorité, on pourrait envisager une certaine responsabilité. Je pense que, avec votre code, cette responsabilité n'existerait pas. Je me demande si vous pourriez partir de cet exemple pour nous parler de cette extension au domaine de la témérité et de la négligence.

**M. Peck:** Nous essayons de partir de la notion de faute mentale de manière à saisir, criminaliser et punir un comportement que la majorité d'entre nous, en tant que citoyens normaux, souhaitons voir puni. Et si, dans le cas que vous avez décrit, cette infirmière avait eu une journée extrêmement difficile? Elle a peut-être une vie familiale pénible et un patron plutôt méchant. Qui sait? Les médecins la prennent à partie. Elle commet une erreur et omet une



[Text]

we don't want to criminalize that behaviour. We don't want to class that. That behaviour is negligent behaviour and certainly she's subject probably to discipline. At her place of employment she may be subject to dismissal. She may be subject to a civil suit, a negligence action. There may be all sorts of civil consequences that befall that conduct. But do we want to send her off to jail for that conduct? I would think not.

• 1710

If you take it one step higher and she saw the blood and she sort of indifferently said, "Ah, who cares? We'll just give him this," then she has turned her mind to the risk and she falls within our concept of recklessness. That conduct we would say, in that scenario, is subject to criminal prosecution. That's how I see the distinction being made.

When you start talking about conduct that falls into what I understand to be the civil law of negligence, the kind of human frailty that we each engage in fairly regularly in the course of our existence, the leaving of the banana peel on the doorstep, the looking to the side and daydreaming while you're driving and then rear-ending somebody, that kind of inadvertence, that kind of careless conduct we don't want to see criminalized.

I'm sort of giving you two scenarios for your nurse situation and the state of mind.

**Mr. Pinx:** Just to follow up on Richard's point, if I'm not mistaken—I can't lay my hands on the section but I believe there's one in our existing code—if a death takes place in a hospital caused, by a doctor who's doing the treatment in good faith, there's a provision there that excuses the doctor's conduct from being criminal. In the chain of events where the death follows. . . I might tell you I had exactly that case happen a few years ago. I defended a fellow charged with murder.

The fatal blow was a stab to the kidney. It turned out they rushed the then alive victim to the hospital, and the person was kept on a gurney in the emergency room for an hour and a half or two hours, bleeding to death internally. They didn't realize the extent of the injury. Finally, when they got him up to the operating room and they opened him up, blood was of course everywhere, and they weren't able, because of the loss of blood, to save this person. The question was: who caused the death, the fellow who stabbed him or the hospital that left him there for two hours? The doctors conceded that had they identified the problem immediately and attended to it immediately, they probably could have saved his life.

There's a section in the code, if I could lay my hands on it, that tells us—

**Mr. Peck:** Section 45.

**Mr. Pinx:** Section 45. Maybe that answers all our questions. I am sorry for raising the war story, as they call it, but I think—

[Translation]

étape ou un détail. Dans un tel contexte, nous ne voulons-nous pas forcément criminaliser ce comportement. Nous ne voulons pas le ranger dans une catégorie. C'est un comportement négligent qui mérite sans doute une sanction. Elle peut être exposée à un renvoi ou à des poursuites civiles pour négligence. Sa conduite peut donner lieu à toutes sortes de conséquences. Mais voulons-nous l'envoyer en prison pour cela? Je ne pense pas.

Allons plus loin, et admettons qu'elle ait sciemment dit, décidé de donner le sang au malade. Elle a donc pris conscience du risque et cela correspond à notre concept de témérité. Dans ce cas, nous dirions que cette conduite peut faire l'objet d'une poursuite criminelle. Voilà la distinction à faire selon moi.

Quand on se met à parler d'une conduite correspondant à ce qui relève pour moi du droit civil en matière de négligence, les faiblesses humaines auxquelles nous succombons assez régulièrement au long de notre vie: laisser une banane devant la porte, regarder à côté ou rêvasser en conduisant et heurter l'arrière d'une autre automobile, c'est ce type de distraction, ce type d'imprudence que nous ne voulons pas voir criminaliser.

Je vous donne en quelque sorte deux scénarios pour le cas de l'infirmière et son état d'esprit.

**M. Pinx:** Pour reprendre ce qu'a dit Richard, si je ne me trompe—je ne sais plus dans quel article, mais je crois que cela fait partie du code actuel—si un décès se produit dans un hôpital par la faute d'un médecin qui applique de bonne foi un traitement, il y a une disposition stipulant que sa conduite n'est pas criminelle. Dans l'enchaînement des événements entraînant le décès. . . Je vous dirai que j'ai eu exactement une affaire de ce type il y a quelques années. Je défendais quelqu'un accusé de meurtre.

La blessure fatale était un coup de couteau dans les reins. En fait, la victime était vivante à son arrivée à l'hôpital et elle était restée en salle d'urgence sur une civière pendant une heure et demie ou deux heures avec une hémorragie interne. On ne s'était pas rendu compte de la gravité de la blessure. Finalement, lorsqu'on l'a amenée dans la salle d'opération et qu'on a pratiqué l'incision, il y avait du sang partout et, à cause de l'importance des pertes de sang, il n'a pas été possible de sauver cette personne. La question était la suivante: qui a causé la mort, celui qui a donné le coup de couteau ou l'hôpital qui a laissé la victime là pendant deux heures? Les médecins ont admis que s'ils avaient identifié immédiatement le problème et s'ils étaient intervenus immédiatement, ils lui auraient sans doute sauvé la vie.

Il y a un article du code, si j'arrive à le retrouver, qui stipule que. . .

**M. Peck:** L'article 45.

**M. Pinx:** L'article 45. Cela répond peut-être à toutes nos questions. Je suis désolé de ramener des histoires de guerre, comme on dit, mais je pense. . .



[Texte]

**Mr. Laporte:** I guess the only comment I would make is that as the law develops, it's important to allow some room for that development to take place.

**Mr. Pinx:** Yes.

**Ms Fuerst:** I think it's also important to maintain some distinction between that conduct we want to criminalize and that conduct we want to deal with in other contexts; for example, in the context of professional discipline proceedings. As you know, increasingly the professions, and particularly the health care professions, are being very carefully monitored and legislated. It may be that there are certain aspects of conduct that we would prefer continue to be dealt with in a professional discipline context rather than becoming criminalized.

**Prof. Ferguson:** I just want to reconfirm what Rick and Michelle have said in that regard, and also to acknowledge that your question really again puts us to the point. It's a good question in the sense that you are making it clear, and we are attempting to make it clear to you what level of conduct we believe ought to be criminalized. There may be some people in society who have a different judgment on that, but they've attempted to make the case—and I would support their opinion in that—that criminal law is a blunt instrument that ought to be reserved for the most seriously blameworthy conduct in our society, and that we have levels of instruments, whether it's civil liability or professional liability, that can cover conduct short of that.

That's our strong view. We've acknowledged that there can be other views. All I want to do is make it clear to you that we've thought about that point and we think there's a good answer to that point. We think we provided you with some information that you can provide to your constituents. There's a good answer to that point, because surely it's one in which your constituents are also interested. We acknowledge that it is a tough one that you have to face, but we feel that the line has to be drawn. And when it says that the line is drawn, sometimes the assumption is that nothing happens. But of course that is not the case, as has been pointed out.

• 1715

**Mr. Laporte:** I have one more question on passing the general part and proclaiming it. I know the CBA as a whole hasn't considered this, but maybe you have as individuals who have a lot of experience in this area. What if we passed the general part, maybe proclaim certain sections of it and leave other sections in the code unproclaimed? I am not sure which sections should be proclaimed and which shouldn't. There is definitely going to be some effect on the rest of the code. But if you had that, at least it is available to consult and to look at. As individuals, would you say there would be some benefit to have in there that this is what is going to happen, this is the way we are heading, although certain sections are not yet proclaimed?

[Traduction]

**M. Laporte:** Je pense que tout ce que je voudrais dire c'est que, au fur et à mesure que le droit évolue, il est important de laisser une marge de manoeuvre suffisante pour permettre cette évolution.

**M. Pinx:** En effet.

**Mme Fuerst:** Je pense qu'il est également important de continuer de faire une distinction entre une conduite que nous voulons criminaliser et une conduite que nous voulons traiter différemment, par exemple dans le cadre des procédures prévues en matière de sanctions professionnelles. Comme vous le savez, les professions, surtout dans le secteur médical, font l'objet d'un contrôle et d'une législation de plus en plus attentifs. Nous préférierions que l'on continue de traiter certains types de conduite dans le cadre de sanctions professionnelles plutôt que de les criminaliser.

**M. Ferguson:** Je veux simplement confirmer ce que Rick et Michelle ont dit à cet égard tout en reconnaissant que votre question met vraiment des points sur les i. C'est une bonne question dans la mesure où vous dites clairement, et nous essayons de vous dire clairement, quelle est le niveau de conduite qui nous paraît devoir être criminalisé. Certains membres de notre société pourront avoir un avis différent, mais ils se sont employés à faire valoir—et je partage leur avis à ce sujet—que le droit criminel constitue un instrument qu'il ne faudrait utiliser que pour les actes les plus graves commis dans notre société et qu'il existe d'autres instruments, qu'il s'agisse de responsabilité civile ou professionnelle, susceptible de couvrir les actes moins graves.

Telle est notre conviction. Nous reconnaissons qu'il peut y avoir d'autres opinions là-dessus. Je tiens simplement à vous dire clairement que nous avons réfléchi à cette question et que nous pensons que l'on peut y répondre de façon satisfaisante. Nous pensons vous avoir fourni certains renseignements que vous pouvez transmettre à vos commettants. Il est important d'avoir une réponse satisfaisante car c'est certainement un sujet qui intéresse également vos commettants. Nous reconnaissons que c'est une tâche difficile pour vous, mais nous pensons qu'il faut fixer une limite. Une fois que cela est fait, on suppose parfois que rien ne se passe. Or, tel n'est évidemment pas le cas, comme nous l'avons vu.

**M. Laporte:** J'ai une autre question à propos de l'adoption et de la promulgation de la partie générale. Je sais que l'ABC dans son ensemble n'a pas étudié cette question, mais peut-être l'avez-vous fait à titre personnel avec toute l'expérience que vous possédez dans ce domaine. Que se passerait-il si nous adoptions la partie générale en promulguant certains articles du code et en laissant certains autres? Je ne sais pas lesquels il faudrait ou non promulguer. Cela aura certainement un effet sur le reste du code. Mais si l'on procédait ainsi, il serait au moins possible de le consulter. À titre personnel, pensez-vous qu'il serait utile d'indiquer ici que c'est ce qui va se produire, que c'est l'orientation que nous adoptons, même si certains articles ne sont pas encore promulgués?



[Text]

**Prof. Ferguson:** Speaking only for myself, I like that approach, because it shows that you have thought about the general principles, and these are the principles that are going to govern you. It may be that you ultimately find that when you get down to the writing of the second part you would have to backtrack somewhat on your general principles or under special conditions. But I see that because you have acknowledged that there are exceptional circumstances.

I think the approach of setting out the general principles but not proclaiming them is one of the avenues that is open to you. But there are parts of the general principles that can be proclaimed. Some of the defences we are talking about are self-contained. You would simply delete the existing defence and insert the new one.

And the common law defences that are out there that aren't codified, those could be codified.

Your big problems relate to the interrelationship between mental elements and specific crimes. It would be difficult for you to proclaim those provisions without a lot of ancillary amendments. I could see portions with regard to matters such as that remaining unproclaimed.

It seems to me, though, as I've said, part of the document not only could be passed but could in fact be passed and proclaimed, and part would have to remain unproclaimed. Even if you changed your mind somewhat later down the road, that is part of the parliamentary process. It seems to me it passes an important message as to what you thought were the guiding principles at the beginning of that process.

**Ms Fuerst:** I will just play the devil's advocate. My view, to some extent, is a little different from Gerry's. My concern would be that you don't put yourselves in a position where you are doing this piecemeal. That is part of the difficulty we have with the existing code, that things have been deleted or added and changed and amended and varied over time. The danger is of course that you end up with provisions that don't entirely hang together. Although you may fix up certain things in the short term, in the long term you continue to have to have the same kinds of difficulties we have tried to suggest in our document exist with the current code.

If you are thinking of a scenario where you proclaim only part of certain new provisions, I think you have to do it with an eye to what you would do as a second stage or as a third stage.

**The Chairman:** I have asked each of our professional staff to put their most important question so we can tie up some loose ends we might have. I will start with Mr. Rosen.

**Mr. Philip Rosen (Committee Researcher):** Thank you, Mr. Chairman.

I am going to resist the temptation to ask the task force about an area where there seems to be some disagreement, which is the area of entrapment. But it is remarkable that you were able to achieve the amount of agreement you have.

[Translation]

**M. Ferguson:** À titre purement personnel, j'aime cette méthode parce qu'elle montre que l'on a réfléchi aux principes généraux et que l'on va suivre ces principes. Il se peut que, en fin de compte, lorsque vous passerez à la rédaction de la deuxième partie, vous ayez à faire marche arrière sur certains des principes généraux ou dans certaines conditions particulières car vous avez admis qu'il existe des circonstances exceptionnelles.

Je pense que le fait d'énoncer des principes généraux sans les promulguer est l'une des possibilités que vous avez. Mais il y a des parties des principes généraux qui peuvent être promulguées. Certains des modes de défense dont nous parlons constituent un tout. On peut simplement supprimer la défense actuelle et la remplacer par la nouvelle.

Quant aux défenses de la common law déjà existantes qui ne sont pas codifiées, elles pourraient l'être.

Vos principaux problèmes concernent les rapports entre les aspects mentaux et certaines actes criminels. Il serait difficile de promulguer ces dispositions sans apporter toutes sortes de modifications complémentaires. Il me semble que certaines parties concernant des questions de ce genre pourraient ne pas être promulguées.

Il me semble cependant, comme je l'ai dit, qu'une partie de ce document pourrait être non seulement adoptée, mais également promulguée alors qu'une autre partie le serait pas. Même si vous changiez d'avis un peu plus tard, cela reste dans la nature de la procédure parlementaire. Il me semble que cela fait ressortir, ce que vous considérez comme les principes à respecter lorsque vous avez entamé ce processus.

**Mme Fuerst:** Je vais me faire l'avocat du diable. Mon opinion est quelque peu différente de celle de Gerry. Je vous mettrai en garde contre le risque de faire les choses de façon décousue. C'est un des problèmes que pose le code actuel, certaines choses ont été supprimées, ajoutées, modifiées, amendées, etc. au fil des années. On risque bien sûr de se retrouver finalement avec des dispositions qui ne vont pas tout à fait ensemble. Même si l'on peut remédier à certains problèmes à court terme, on continue à long terme d'avoir le même genre de difficultés que celles dont nous parlons dans notre document au sujet du code actuel.

Si vous pensez à la possibilité de promulguer seulement une partie de certaines nouvelles dispositions, je pense qu'il faut le faire en tenant compte de ce que l'on fera dans une deuxième ou troisième étape.

**Le président:** J'ai demandé à chacun de nos spécialistes de poser les questions qui leur paraissent les plus importantes afin que nous puissions régler certains problèmes non encore résolus. Je commencerai par M. Rosen.

**M. Philip Rosen (rechercheur du Comité):** Merci, monsieur le président.

Je vais résister à la tentation de poser au groupe de travail une question sur un domaine qui me paraît susciter un certain désaccord, celui de la provocation policière. Il est néanmoins remarquable que vous ayez réussi à atteindre un tel niveau d'accord entre vous.

[Texte]

I have questions, though, about the automatism defence. Since the *Parks* decision by the Supreme Court of Canada, I am wondering whether you have felt the need to revisit your recommendations in relation to that defence.

**Prof. Ferguson:** First, you are right that much has been happening with regard to the law of automatism. The *Parks* decision, which for those of you who are not familiar with it, is the famous sleepwalking decision. It is an important decision because the court did not simply deal with the narrower issue of sleepwalking but took the opportunity to attempt to address the issue of automatism in general.

• 1720

But having looked at that case—and of course it was decided after our report was prepared—I wondered what you saw in our approach that was particularly of concern to you in terms of how *Parks* might alter it, or how we would want to proceed. There is a sort of two-pronged aspect to the *Parks* test, but maybe I could ask for some more assistance from you.

**Mr. Rosen:** I was wondering if you have revisited or you still stand by the recommendation you made in the report. I haven't examined it from the point of view of seeing what was wrong with the recommendation.

**Prof. Ferguson:** We haven't had an opportunity to re-examine what we wrote subsequent to the *Parks* decision. I think one has to take into account any subsequent decisions that have been issued since our report was written. But I'm not sure where you see a special problem with *Parks* and our approach on automatism, which basically recognizes a defence of automatism, recognizing there will be limits to its application.

**Mr. Rosen:** The concurring minority judges, of course—I know, Professor Ferguson, you've dealt with this in your submission—indicated the desire for perhaps some ability to impose some supervisory orders—

**Prof. Ferguson:** Yes.

**Mr. Rosen:** —in cases where the automatism defence is successfully invoked. I wonder if that's an issue the task force has continued to—

**Prof. Ferguson:** That's an issue I address in my separate paper. It was my view prior to *Parks*, when I spoke to you last year on the mental disorder bill, that automatism should be a defence where you seriously consider, as we do with mental disorder and insanity, creating a special verdict and a special disposition. So I've attempted to craft a matter of that sort.

The matter was raised briefly at the time when the task force considered the matter, and I think the task force did not favour that approach at the time. But that was prior to the Supreme Court's decision in *Parks*. I'm not sure I could report that there was strong opposition to it. I think it was a matter that was raised. As I recall, it was late in the day and we passed over it.

[Traduction]

J'ai cependant des questions à propos de l'automatisme en tant que défense. Je me demande si l'arrêt *Parks* de la Cour suprême du Canada vous a incité à réétudier vos recommandations à ce sujet.

**M. Ferguson:** En premier lieu, vous avez raison de dire que beaucoup de choses se sont passées en ce qui concerne l'automatisme, notamment l'arrêt *Parks*, c'est-à-dire, pour ceux d'entre vous qui ne seraient pas au courant, la célèbre décision sur le somnambulisme. C'est un arrêt important parce que la Cour ne s'est pas seulement prononcée sur la question limitée du somnambulisme mais en a profité pour essayer d'aborder la question de l'automatisme en général.

Mais après avoir étudié cette affaire—et l'arrêt a bien sûr été rendu après la préparation de notre rapport—je me demande ce qui vous a préoccupé particulièrement dans notre position et en quoi *Parks* pourrait selon vous la modifier. Le critère *Parks* est en fait double, mais j'aimerais vous demander un peu plus de précision.

**M. Rosen:** Je me demandais si vous aviez réévalué la recommandation présentée dans le rapport ou si vous la mainteniez. Je n'ai pas cherché à savoir si elle était erronée.

**M. Ferguson:** Nous n'avons pas eu l'occasion de réexaminer ce que nous avons écrit après l'arrêt *Parks*. Je pense qu'il faut prendre en considération tous les arrêts intervenus depuis la rédaction de notre rapport. Mais je ne vois pas où vous voyez un problème particulier au sujet de *Parks* et de notre position sur l'automatisme; nous reconnaissons fondamentalement l'automatisme comme un moyen de défense tout en considérant qu'il faudra en limiter l'application.

**M. Rosen:** Les juges minoritaires ont bien sûr—professeur Ferguson, je sais que—vous avez parlé de cela dans votre mémoire—et signalé qu'ils souhaitaient que l'on puisse peut-être imposer des ordonnances de surveillance. . .

**M. Ferguson:** Oui.

**M. Rosen:** . . . dans les cas où l'automatisme a été accepté comme une défense valable. Je me demande si c'est une question que le groupe de travail a continué de. . .

**M. Ferguson:** C'est une question que je traite dans mon autre exposé. Avant *Parks*, lorsque je vous ai parlé l'année dernière du projet de loi sur les troubles mentaux, je pensais que l'automatisme pourrait constituer une défense pour laquelle on pouvait sérieusement envisager d'établir un verdict spécial et une disposition spéciale, comme on le fait pour les troubles mentaux et l'aliénation mentale. J'ai donc essayé de préparer quelque chose dans ce sens.

Cette question a été soulevée brièvement lorsque le groupe de travail l'a étudiée et je crois que, à ce moment-là, le groupe n'était pas en faveur de cette méthode. Mais c'était avant l'arrêt *Parks* de la Cour suprême. Je ne crois pas pouvoir dire que cela a suscité une forte opposition. Je pense que la question a été soulevée. D'après mes souvenirs, c'était en fin de journée, et nous ne nous sommes pas appesantis là-dessus.



[Text]

If there are other members of the task force who want to comment on that, I'd be pleased to allow them to do so. But speaking for myself as an individual, not for the task force, as I say, I think it is appropriate to consider that.

The dissenting opinions in the Supreme Court of Canada fortify that particular view. I think Lamer was attempting to do it in one way, which didn't satisfy persons, but Mr. Justice Sopinka, and perhaps Madam Justice McLachlin who suggested this was a matter for Parliament to consider. I would encourage you to do so.

**Mr. Rosen:** The subcommittee has received a submission from the Canadian Psychiatric Association on the issue of automatism. Its submission essentially is that the defence of automatism should be abolished and insane and non-insane automatism should be incorporated into the mental disorder defence. Their argument essentially is that the illnesses that lead to the defence being available are in essence mental disorders. I'm wondering if the task force considered the possibility of eliminating the automatism defence and rolling the behaviours it covers into the mental disorder defence.

**Mr. Peck:** I can give you a partial answer. We say subsection (1) does not apply when automatism is caused by a mental disorder. So in effect we reject that notion. I think we were all adherents or proponents of a separate and distinct defence of automatism because we don't agree that all automatism arises out of problems that relate to mental disorder. It may arise out of other things. Probably everyone in this room knows someone they have observed in their families, their children or someone else, over the years, sleepwalking. Is that a mental disorder? We don't think so.

**Prof. Ferguson:** Nor do we think the case of a physical blow to the head which causes a temporary concussion should be dealt with in the same general provision as a provision that attempts to deal with psychiatric disorders such as manic depression, psychosis, or schizophrenia.

• 1725

So logically I see where they're going. Logically they're saying that there's a collapsing of the categories.

As you can see in our proposal 7—I'm looking at page 19 of our document—we've listed and categorized a number of areas where we think it's appropriate to consider each of those as distinct from and not categorize them as the same as... I'll use the word "insanity" so you can see the distinction. We would prefer to say that these are matters of non-insane automatism and keep the category of insanity, or, as, we now must use the words, "mental disorder"—keep the defence of mental disorder for what we would consider to be more classic cases of psychiatric disorder.

We don't consider sleepwalking to be a classic psychiatric disorder, nor the physical blow, nor in fact the psychological blow caused by external factors that would cause any average person to go into an altered state of consciousness. That doesn't show—

[Translation]

Si d'autres membres du groupe de travail veulent donner leur avis là-dessus, je serais heureux de leur céder la parole. Mais à titre personnel, et non au nom du groupe de travail, comme je l'ai dit, je crois qu'il est bon d'envisager cette possibilité.

Les opinions dissidentes exprimées à la Cour suprême du Canada me renforcent dans ce point de vue. Lamer essayait de le faire d'une façon qui ne satisfaisait personne, mais le juge Sopinka et sans doute M<sup>me</sup> le juge McLachlin ont suggéré que c'était une question que le Parlement devait étudier. Je vous encouragerais à le faire.

**M. Rosen:** Le sous-comité a reçu un mémoire de l'Association des psychiatres du Canada au sujet de l'automatisme. Leur position est essentiellement que la défense par l'automatisme doit être abolie et que l'on devrait intégrer l'automatisme dû à l'aliénation mentale ou non à la défense invoquant les troubles mentaux. Selon ce groupe, les maladies permettant de pouvoir invoquer ce moyen de défense sont en fait les troubles mentaux. Le groupe de travail a-t-il envisagé la possibilité d'éliminer la défense par automatisme en intégrant les comportements qu'elle recouvre à la défense pour troubles mentaux.

**M. Peck:** Je peux vous donner une réponse partielle. Pour nous, le paragraphe (1) ne s'applique pas lorsque l'automatisme est consécutif à un trouble mental. Nous rejetons donc en fait cette notion. Je pense que nous étions tous en faveur de considérer l'automatisme comme une défense séparée et distincte parce que nous ne pensons pas que l'automatisme soit toujours dû à des troubles mentaux. Il peut être dû à d'autres facteurs. Toutes les personnes ici présentes connaissent sans doute quelqu'un dans leur famille, un de leurs enfants, ou quelqu'un d'autre, qui a été un jour ou l'autre somnambule. Est-ce un trouble mental? Nous ne le pensons pas.

**M. Ferguson:** Et nous ne pensons pas non plus qu'un coup sur la tête entraînant une commotion temporaire devrait être traité dans la même disposition générale qui porte également sur les troubles psychiatriques tels que les états maniaco-dépressifs, les psychoses ou la schizophrénie.

Je comprends le raisonnement. Ils pensent que les catégories sont en train de se confondre.

Comme vous pouvez le constater à la lecture de notre proposition 7—c'est à la page 21 de notre rapport—nous proposons une liste des catégories que nous jugeons tout à fait distinctes de... je vais utiliser le mot «démence» pour que vous fassiez bien la distinction. D'après nous, il vaut mieux que, dans tous ces cas-là, on parle d'automatisme n'ayant aucun rapport avec l'aliénation mentale qui doit constituer une catégorie tout à fait à part et qu'il faut d'ailleurs appeler maintenant «troubles mentaux». Cette défense pour troubles mentaux devrait être réservée aux maladies psychiatriques classiques.

Nous ne pensons pas que le somnambulisme soit une maladie psychiatrique classique, non plus que le choc physique ou le choc psychologique résultant d'événements externes qui peuvent normalement causer chez l'individu normal moyen un état de dissociation mentale. Cela ne prouve pas...



[Texte]

**The Chairman:** I think we should push on at this point. I really want to get the other questions in.

Do any other witnesses want to comment on that? I can tell you that trying to explain the *Parks* case around the kitchen tables was difficult.

**Prof. Ferguson:** Unbelievable.

**The Chairman:** Even with a mother-in-law.

**Ms Marilyn Pilon (Committee Researcher):** At page 97, I notice that the position you advocate is that the harm threatened in a duress defence should include or could include a threat to the accused's mental or psychological health, rather than simply an immediate threat or even a threat of death or bodily harm, as it currently is. I just wonder if you can provide me with a scenario or an example where that kind of threat should excuse. I just can't envisage one myself.

**Prof. Ferguson:** While my colleagues attempt to think of examples, I should say that behind these documents and these three paragraphs there was a whole working paper, and I dare say that some examples were set out in that working paper to govern that particular matter.

**Mr. Peck:** Do you have copies of our working research papers?

**Ms Pilon:** Yes.

**Mr. Peck:** It's likely that this will be found in there.

**The Chairman:** We'll search for that.

**Mr. James O'Reilly (Consultant to the Committee):** I want to come back to the notion of subjective fault—not to belabour it, I hope, but just to see if you can offer us some guidance, ultimately, on the question of when subjective fault should be strictly adhered to as a principle for the criminal law and when it should be departed from.

You started, Mr. Peck, by saying that there ought to be a principle of the criminal law that subjective fault is the minimum necessary for liability because we're concerned about moral blameworthiness. So we're interested in the moral turpitude of the individual. Then you said that we can't go all the way with that, because there are instances where the public needs to be protected and when that's the case we're satisfied with having an objective element. In your report you have various instances where an objective element is introduced: in self-defence, provocation, and so on.

I suppose that points out the difficulty of principles, which has implications for the impact of a preamble, but, leaving that aside for the moment, can you tell us whether there was an operational rule on your task force or something that you would employ to decide when you were going to introduce an objective element? For example, on self-defence you or Michelle said that you had to introduce an objective element there because otherwise people could do whatever they wanted to do. If the whole point is that we're interested in what people do because of their own subjective state of mind, then that should be okay. I wonder if you could give any guidance to this subcommittee as to when objective fault would be sufficient for criminal liability.

[Traduction]

**Le président:** Je crois qu'il faut passer à autre chose. je voudrais vraiment que nous abordions les autres sujets.

Est-ce que d'autres témoins ont autre chose à ajouter? je dois avouer qu'il est très difficile d'expliquer l'arrêt *Parks* à des profanes.

**M. Ferguson:** C'est incroyable.

**Le président:** Même si c'était sa belle-mère.

**Mme Marilyn Pilon (attachée de recherche):** À la page 106, vous préconisez que la menace de préjudice dans un moyen de défense de contrainte devrait comprendre les menaces contre l'équilibre mental ou psychologique de l'accusé, plutôt que les menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles, comme le prévoit actuellement le Code criminel. Pourriez-vous me donner un exemple du genre de menaces qui pourraient servir d'excuse. Personnellement, je n'ai pas réussi à en trouver.

**M. Ferguson:** Pendant que mes collègues en cherchent un, je dois préciser que tout un document de travail soutient ces documents et ces trois paragraphes, et je vous assure que ce document de travail présentait des exemples.

**M. Peck:** Avez-vous des copies de nos documents de travail?

**Mme Pilon:** Oui.

**M. Peck:** Vous y trouverez des exemples.

**Le président:** Nous allons chercher.

**M. James O'Reilly (conseiller auprès du comité):** Je veux en revenir à la notion de la faute subjective, non pas pour reprendre tout le débat, mais pour savoir si vous ne pourriez pas donner des conseils sur la façon de déterminer quand il faudrait s'en tenir au principe de la faute subjective en droit criminel et quand on pourrait s'en éloigner.

Monsieur Peck, vous avez d'abord dit qu'en droit criminel, la faute subjective devrait être le minimum requis pour déterminer la responsabilité parce que nous nous préoccupons de la moralité répréhensible. Ce qui nous intéresse, c'est la turpitude morale des individus. Vous avez ensuite dit que ce principe ne pouvait pas s'appliquer universellement, parce que dans certaines circonstances, il faut protéger la société et donc se satisfaire d'un élément objectif. Dans votre rapport, on trouve divers exemples de l'utilisation d'un élément objectif: la légitime défense, la provocation, etc.

D'après moi, cela fait ressortir la difficulté que pose l'énonciation de principes, ce qui influe sur l'impact d'un préambule. Mais pour le moment, pourriez-vous nous dire si votre groupe de travail a appliqué une règle afin de déterminer à quel moment il valait mieux utiliser un élément objectif? Par exemple, dans le cas de la légitime défense, Michelle ou vous-même avez dit qu'il avait fallu se servir d'un élément objectif sinon les gens pourraient agir à leur guise. Si cela revient à dire qu'il faut tenir compte de ce que les gens font à cause de leur état d'esprit subjectif, il ne devrait pas y avoir de problème. Pourriez-vous expliquer au sous-comité dans quelles circonstances une faute objective suffirait à établir la responsabilité pénale?



[Text]

**Mr. Peck:** We can answer it mutually; that is, Gerry wants to go first on this one. I can give you a diatribe on it, but you said you wanted—

• 1730

**Prof. Ferguson:** I have two comments to make with regard to that. The first is to distinguish between the mental element required for the offence and the standards that we set in the justifications that act as defences, and the two are quite different. So you'll find most of the objective or reasonable persons standards in the justifications.

Let's go to the first point, which Mr. Peck dealt with: what is the mental element that should be the minimum mental element for defining the criminal conduct itself? Our position is that it should be subjective, subject to the notion of recklessness, which we say should be at least partially subjective and partially objective. When one moves to justifications, remember what a justification is. It's a person who has already engaged in morally blameworthy conduct on the two first elements, has committed a harm, which would otherwise be a crime, and has also done it with a subjective approach. But sometimes the law says that will be justified. Sometimes the law says that that conduct, which would otherwise be criminal, will in fact become lawful. In stating what is lawful, in stating what the standards are of what should be lawful, it's appropriate to state that standard of lawful behaviour for a justification. It's appropriate to state that at a community level of what is reasonable as opposed to an individual's view: oh, I should be able to do whatever I want. So when one's talking about justifications, you see why that standard gets poured in. I wouldn't want to say that I've answered your question totally.

When you will go for the recklessness standard will still be a matter of debate. It will be a matter of debate upon two principal grounds. The first is what one would generally say is a matter of policy, in terms of how does that conduct normally occur in our society in any event. Is it a conduct that is normally only intentional and we do not have to worry about it? Or, is it the type of conduct that people slip into at a lower level?

Second, it will be the amount of public concern about that conduct, in terms of there will be a sense there. We didn't make that judgment of course. We didn't come up with a list of what offences ought to be reckless. We said that was a parliamentary decision. I know that my colleagues have frequently referred to this reasonable standard, but in my view we've stuck well to our subjective approach when one is speaking about creating the offences. We've gone to that other standard when one is talking about justifications for conduct. I think that is a principled approach to take.

**Mr. Peck:** This is going to be, and has been for many years, probably the greatest debate in the criminal law; that is, where on the mental element or fault continuum do you stop the slide and say that's where we stop? Anything beyond this on the continuum will not be criminalized.

[Translation]

**M. Peck:** Nous avons tous les deux quelque chose à dire, mais Gerry veut avoir la parole d'abord. Je pourrais vous faire toute une diatribe, mais vous avez demandé seulement. . .

**M. Ferguson:** Je voudrais faire deux observations à ce sujet. Premièrement, il faut faire la distinction entre l'élément moral requis pour qu'il y ait infraction et les normes que nous énonçons dans les justifications et qui servent de moyen de défense. Il y a toute une différence entre les deux. Donc, la plupart des normes objectives ou des critères de la personne raisonnable se retrouvent dans les justifications.

Commençons par l'élément moral dont a traité M. Peck. Quel devrait être l'élément minimal qui devrait servir à définir le comportement criminel même? Selon nous, ce devrait être un élément subjectif relié à la notion de témérité qui devrait être, croyons-nous, ni subjective, ni objective. Quand on parle de justifications, il ne faut pas oublier de quoi il s'agit. Une personne a un comportement moralement répréhensible d'après les deux premiers éléments quand elle a causé un préjudice qui pourrait être un crime et qu'elle l'a causé en vertu d'éléments subjectifs. Mais parfois, la loi dit que cela peut se justifier et qu'un tel comportement, qui autrement serait criminel, devient légal. Avant d'énoncer les critères permettant de déterminer si le comportement est légal, il faut établir quels sont les critères de la justification et ce que la société juge acceptable par opposition à l'opinion d'un individu qui peut avoir envie de faire ce qui lui plaît. On comprend alors pourquoi tel ou tel critère doit déterminer la justification. Je ne prétends pas avoir répondu parfaitement à votre question.

Quant au critère de la témérité, par exemple, il faut trancher deux questions principales. Premièrement, il y a la question politique de savoir si un tel comportement se produit habituellement de toutes façons dans notre société. Est-ce un comportement qui ne peut être que délibéré et sur lequel il n'y a pas lieu de s'interroger? Ou est-ce plutôt le genre de comportement que les gens ont quand ils se trouvent dans une sorte d'état second?

Deuxièmement, il faut établir le degré d'inquiétude qu'un tel comportement suscite parmi la population parce qu'il faut en tenir compte. Nous n'avons évidemment pas porté de jugement. Nous n'avons pas dressé une liste des infractions qu'il faudrait imputer à la témérité. D'après nous, c'est au législateur de prendre une telle décision. Je sais que mes collègues ont souvent fait allusion à ce critère de la personne raisonnable, mais à mon avis, nous nous en sommes tenus à nos normes subjectives pour ce qui est de la création de nouvelles infractions. Nous avons tenu compte du reste quand il s'agissait de justifier certains comportements. Je crois que c'est la façon de faire.

**M. Peck:** C'est la question la plus controversée du droit criminel et elle est susceptible de le rester encore longtemps, c'est-à-dire que dans le continuum élément moral-faute, quelle doit être la limite au-delà de laquelle il n'y a plus acte criminel.



[Texte]

The Law Reform Commission of course went one step below us, in the sense that they have a marked departure, negligence of fault element. We say no. We say recklessness is the lowest, and recklessness we say of necessity is subjective-objective. But if you look at our definition of recklessness, it's as close to subjective as "damn" is to swearing. It's as close as you get without actually embracing a fully subjective element. But we thought that there is going to be conduct that has to be impugned in the criminal law process that will fall short of a purely subjective state of mind. That's where we drew the line.

It is an endless debate. It was an endless debate when I used to attend law reform consultations at the commission. It's an endless debate in academia. You've already got Don Stuart's material. He was kind enough to send me a copy of it. I've read it through. We really don't fall that far apart when you really finally analyse it. What he says is that you start at this minimum standard. We say you start at a very high standard and you only depart from that very slightly.

**The Chairman:** Thank you very, very much. We fully know that when you go off to these conferences and give of your time that it's money out of your own pockets. We are eternally grateful.

**Mr. Peck:** It's the end of a long road for us and we're happy to be here. We thank you for the dialogue and your participation. We wish you well.

• 1735

**Mr. Pinx:** I've been working feverishly on that question. Really, if I don't answer it now I will never sleep, so permit me. I think we have the answer to the question, or at least I hope we do.

I went back to our backup papers and reviewed them to help me refresh my memory of our discussion. The example that was given was a threat to a mother to kidnap and take her child. It's not a physical threat, but a verbal threat to a mother to kidnap and take away the child may not necessarily be putting the mother in immediate danger physically, but there could be the psychological or mental, as we call it, harm or anguish resulting from that particular threat being made. That's an example I can give you and I hope it's one that fits within the scheme that we have presented—I believe it is—of why we didn't simply restrict it to the "physical" well-being of the person, but as well extended it to the broader mental health or psychological anguish issue.

**The Chairman:** Thank you.

Our goal is to write a report for use by the Minister of Justice and Parliament, which we hope will be intellectually honest, at the same time politically acceptable to our fellow parliamentarians and ultimately Canadians. Whether we can do that, who knows?

**Mr. Peck:** Good luck.

**Mr. Laporte:** I'm sorry to belabour the point, but earlier I had asked the question regarding intoxication.

[Traduction]

La Commission de réforme du droit est allée un pas plus loin que nous en retenant la négligence comme élément de faute. Nous ne sommes pas d'accord. Pour nous, il faut s'arrêter à la témérité définie selon le critère subjectif-objectif. Regardez notre définition de la témérité; vous verrez qu'il n'y a pas plus d'écart entre l'élément subjectif et elle qu'entre «maudit» et un juron. Si l'on allait plus loin, on obtiendrait un élément entièrement subjectif. Nous avons toutefois pensé qu'il pourrait y avoir des comportements criminels, même dans un état d'esprit qui ne serait pas purement subjectif. Pour nous, la limite doit se situer là.

C'est un débat interminable. Il était déjà commencé quand je participais aux consultations de la Commission de réforme du droit. C'est un débat interminable parmi les universitaires. Vous avez déjà le texte de Don Stuart. Il a eu l'obligeance de m'en envoyer une copie que j'ai lue du début à la fin. En dernière analyse, nos positions ne sont pas tellement éloignées l'une de l'autre. D'après lui, il faut partir de cette norme minimale. D'après nous, il faut partir d'une norme très élevée dont on s'écarterait à peine.

**Le président:** Merci beaucoup. Nous savons pertinemment que votre participation à toutes ces conférences représente un manque à gagner pour vous. Nous vous en serons éternellement reconnaissants.

**M. Peck:** C'est la lumière au bout du tunnel pour nous, et nous sommes contents d'être ici. Nous vous remercions d'avoir bien voulu dialoguer avec nous. Nos meilleurs vœux vous accompagnent.

**M. Pinx:** J'ai étudié fébrilement la question. Je vous assure que si je ne vous donne pas une réponse maintenant, je n'en dormirai plus. Alors, avec votre permission, je crois avoir trouvé la réponse, du moins je l'espère.

J'ai relu nos documents de travail afin de me rappeler nos discussions. On avait donné comme exemple celui d'une mère dont l'enfant fait l'objet de menaces d'enlèvement. Ce ne sont pas des menaces de préjudice corporel, mais une menace verbale d'enlèvement ne placerait pas la mère dans une situation de préjudice corporel immédiat mais de préjudice psychologique ou mental découlant de cette menace. Voilà un exemple qui devrait correspondre aux explications que nous vous avons données quant à la nécessité d'aller plus loin que la simple santé physique d'une personne. Il faut englober la santé mentale ou l'angoisse psychologique.

**Le président:** Je vous remercie.

Notre but est d'écrire, à l'intention du ministre de la Justice et du Parlement, un rapport sincère que nos collègues et les autres Canadiens trouveront acceptable. Je ne sais si ce sera réalisable.

**M. Peck:** Bonne chance.

**M. Laporte:** Je suis désolé d'insister, mais tout à l'heure, j'ai posé une question au sujet de l'intoxication.



[Text]

**Prof. Ferguson:** Comparing the Law Reform Commission's view with the view that we take, I started off by saying I don't think in principle there's a lot of difference; it's the technique ultimately that we've chosen. They would like to hold someone liable for robbery/theft while intoxicated. So you'd be guilty of a new verdict called robbery while intoxicated, theft while intoxicated.

Our approach, we think, is more consistent with general principle. We say criminal liability requires proof of an *actus reus* and a *mens rea*. The *mens rea* wasn't there when you were that drunk that you didn't intend or know what you were doing. Don't convict a person of that crime. Convict him of a different crime, which is that what he really did is get pissed and is criminally intoxicated.

Our view is, first, that it is more consistent in principle than their approach. Secondly, I invite you to reread their provision and read ours and see which one you think is more readable and accessible and intelligible to the average citizen or the average juror. I would argue that, again, our proposal is clearer, and for that reason you might want to consider it as well.

**Mr. Peck:** It's really a jury instruction. It doesn't matter how you do it. It's a jury instruction, or instruction of the judge to himself. "If I find beyond a reasonable doubt, if I'm satisfied, if I have a reasonable doubt that the accused was so intoxicated as to not have the intent, okay, at that point I must find him guilty of criminal intoxication." That's all we're saying. It doesn't matter how you articulate it, if you call it an included offence or simply an instruction to the court.

**Mr. Laporte:** Thank you.

**The Chairman:** With that, we will recess for five minutes and reconvene with Professor Ferguson.

**Prof. Ferguson:** I can assure you that unless your committee members have a lot of questions, I think I can deal with my second submission in 10 minutes.

**The Chairman:** Professor Ferguson, you have the floor.

**Prof. Ferguson:** If you have that submission I sent to you in front of you, there is a table of contents in it. We can move pretty much to page 17 of the submission, although before doing so please just look at the table of contents.

• 1740

In the submission I've suggested what the appropriate scope is for the mental disorder defence. In my opinion, that appropriate scope should include the volitional capacity, or incapacity, that wrong means morally wrong, that mental disorder and automatism should be distinguished. Finally, under onus and quantum of proof, I suggest, as I already have, that putting the onus on the accused as it currently is, is an historic anomaly. It's illogical and unfair and there are policy arguments to suggest we don't need it.

Members of the committee can review those matters again, but that's basically the position the CBA task force has also taken. As I said at the beginning of this document, my personal opinion as to the scope of the defence and the

[Translation]

**M. Ferguson:** Si l'on compare notre position à celle de la Commission de réforme du droit, on peut dire au départ qu'il n'y a pas beaucoup de différence de principes entre les deux. La différence se trouve dans les moyens que nous avons choisis. La Commission souhaiterait qu'une personne puisse être reconnue coupable de vol, qualifié ou non, commis pendant qu'elle était intoxiquée. Ce serait donc une nouvelle infraction appelée vol ou vol qualifié en état d'intoxication.

Nous trouvons notre suggestion plus conforme aux principes généraux. Pour qu'il y ait responsabilité pénale, il faut avoir la preuve d'un acte matériel et d'une intention coupable. Quand un individu est ivre au point de ne pas savoir ce qu'il fait ni d'avoir l'intention de le faire, il n'y a pas d'intention coupable. On ne peut pas déclarer l'accusé coupable d'un tel crime. Il faut alors créer une infraction différente reflétant la réalité, c'est-à-dire qu'il a bu et qu'il était donc intoxiqué au sens de la loi.

Nous trouvons notre idée plus logique que celle de la Commission. Je vous invite à relire la disposition suggérée par la Commission et la nôtre. Vous me direz ensuite laquelle est la plus intelligible pour le citoyen moyen ou le juré moyen. Je prétends là encore que notre proposition est plus claire et que vous devriez donc l'étudier.

**M. Peck:** En fait, c'est une directive au jury. Ce pourrait aussi bien être une directive au juge lui-même qui doit pouvoir se dire qu'il est certain et n'a aucun doute raisonnable que l'accusé était si ivre qu'il ne pouvait pas avoir d'intention coupable. Par conséquent, il doit le déclarer coupable d'intoxication criminelle. Voilà ce que nous proposons. La formulation n'a pas d'importance, que vous préféreriez opter pour une infraction incluse ou pour une simple directive au tribunal.

**M. Laporte:** Je vous remercie.

**Le président:** Nous allons maintenant faire une pause de cinq minutes avant de reprendre la séance avec le professeur Ferguson.

**M. Ferguson:** Je vous assure que je n'en ai que pour une dizaine de minutes à moins que les députés aient beaucoup de questions à poser.

**Le président:** Professeur Ferguson, à vous la parole.

**M. Ferguson:** Si vous avez sous les yeux le mémoire que je vous ai fait parvenir, vous y trouverez une table des matières. Nous pouvons passer directement à la page 15, mais je veux vous laisser jeter un coup d'oeil à la table des matières.

Dans le mémoire, je propose ce que doit être l'application de la défense fondée sur les troubles mentaux. D'après moi, ce moyen de défense devrait comprendre la capacité, ou incapacité, volitive, la définition de répréhensible, et la distinction entre troubles mentaux et automatisme. Enfin, dans la partie sur le fardeau et la quantité de la preuve, j'explique que le fait que le fardeau de la preuve repose sur l'accusé est une anomalie historique. C'est illogique et injuste, et des arguments théoriques indiquent que c'est inutile.

Les membres du comité pourront relire cette partie, mais elle reprend essentiellement la position du groupe de travail de l'ABC. Comme je le précise au début du mémoire, mon opinion personnelle au sujet de l'application du moyen de



*[Texte]*

burden does not deviate from what is already in the CBA document. I think perhaps my document gives a little bit more detail as to why that ought to be the case than the CBA document. As I've explained, they've tended in their rationales to summarize larger papers down to a few paragraphs.

What is potentially new and different about the submission in front of you is, starting on page 17, the introduction of the notion of diminished responsibility. What I've suggested here for the committee's consideration is a matter that was considered by the Department of Justice mental disorder project some time ago.

It was not acted upon, but they felt it was deserving of more study. In our law we recognize the notion of diminished responsibility to reflect the fact that liability for offences is not such a black and white matter, that the line between sanity and insanity is not such a black and white matter. We tend to draw the line for the insanity defence, properly, at a very high level, but there's a fair gap between those whom we could call normal, sitting around this table, and a number of other persons who are substantially mentally disordered but not to the degree that would qualify them as insane under the insanity defence.

The notion of diminished responsibility is to reflect our sensitivity to the fact that it's really not a black and white, sane or insane, decision. My proposal, starting on page 21, simply acknowledges that we ought to consider that. It gives you a suggested draft, which no doubt could be improved upon. But it's the idea that I am propounding, not the specific words of my draft.

On page 20 of the document, under paragraph 45, I simply note the two advantages to this proposal. It recognizes, as I've already said, that the line between sanity and insanity is not black and white, that there are degrees of responsibility due to different degrees of mental disorder. Hence, it recognizes partial responsibility in circumstances in which a mental disorder can be established as a significant contributing factor, mental disorder short of insanity.

That's all I need to say about that by way of introduction, at least about that particular idea. The second matter is the notion of imposing the insanity defence on an unwilling accused, but really as a matter of procedure, not of general principle. It's a matter of procedure, which in my opinion the Supreme Court has now mucked up. In my opinion we ought to return to the position we were at before, and I give the reasons for my recommendation in paragraph 53. I really think it's a technical and procedural matter. Unless members of the committee have specific questions on that, I think I will say no more and leave it up to your questioning.

The next topic on page 23 is the notion of capping, which has come in as a result of the mental disorder bill, which some of you were responsible for reviewing and, ultimately, seeing through passage.

*[Traduction]*

défense et du fardeau de la preuve correspond à ce qui se trouve dans le rapport de l'ABC. Mon mémoire propose peut-être des explications un peu plus détaillées que le rapport du Barreau canadien. Je vous ai déjà expliqué que l'ABC avait justifié ces propositions en résumant de volumineux documents en quelques paragraphes.

Ce qu'il y a de neuf se trouve à partir de la page 15 où l'on présente la notion de la responsabilité diminuée. Ce que je suggère dans mon mémoire, c'est ce que le groupe de travail du ministère de la Justice sur les troubles mentaux a étudié il y a quelques temps déjà.

Il n'a pas été donné suite au rapport du ministère car on a estimé qu'il fallait une étude plus exhaustive de la question. Dans notre droit, nous admettons la notion de responsabilité diminuée parce que cela reflète le fait que la responsabilité d'un crime n'est pas toujours facile à cerner et que la distinction entre la santé mentale et la folie n'est pas toujours évidente. Nous sommes très exigeants pour ce qui est du moyen de défense par l'aliénation mentale, mais il existe une grande différence entre des gens normaux, comme ceux qui sont ici, et certaines personnes qui ont des troubles mentaux importants, mais pas telle qu'elles puissent présenter une défense par l'aliénation mentale.

La notion de responsabilité diminuée reflète donc notre sensibilité au fait que les décisions au sujet de la santé mentale ne sont pas toujours évidentes. À partir de la page 18, j'explique que nous devrions en tenir compte. Je propose même un libellé que l'on pourra certainement améliorer. De toute façon, l'important, c'est l'idée et non le texte proposé.

À la page 17, paragraphe 45, je signale les deux avantages de cette suggestion. Comme je viens de le dire, j'indique que dans les questions d'aliénation mentale, ce n'est pas tout noir ou tout blanc, et les degrés de responsabilité sont fonction de la gravité des troubles mentaux. Par conséquent, on reconnaît la responsabilité partielle lorsque l'on peut prouver qu'un trouble mental, mais pas l'aliénation mentale, a été un facteur déterminant.

Je n'ai rien d'autre à ajouter pour le moment à ce sujet. Il y a aussi l'imposition de la défense par l'aliénation mentale contre le gré de l'accusé. Mais il s'agit là d'une question de procédure et non de principe. D'après moi, la Cour suprême s'est vraiment fourvoyée. Je crois que nous devrions en revenir à la position antérieure, et je vous explique les raisons de ma recommandation au paragraphe 53. C'est une simple question de procédure. À moins que les membres du comité aient des questions précises là-dessus, je n'en dirai pas plus. Je répondrai plutôt à vos questions.

Le sujet suivant, à la page 20, c'est celui de la durée maximale, une notion découlant du projet de loi sur les troubles mentaux, que certains d'entre vous ont étudié et finalement adopté.



## [Text]

I simply want to renew an idea that was raised by the Canadian Bar Association at the time, as well as by myself at the time, which is that the idea of capping is an important idea. It was an important initiative that was undertaken in the bill. It removed the notion that a verdict of insanity means indefinite commitment, which could mean life commitment.

• 1745

So capping I agree with. It's the method chosen to cap I had some difficulty with. My view is that the instrument chosen in the current bill is not as refined as it ought to be. So my proposal is that you speak about refining it somewhat more. There is a lot of statistical information that would indicate to you... the Sentencing Commission, for example, has conducted studies that will tell you what the average or normal sentence is for a range of offences. It seems to me the cap that should be put on an individual offence should relate not to the maximum punishment for that offence but rather to the sentence one would normally expect to get, absent any mental disorder. I've attempted to set that out for you in paragraph 55.

Again, I have to say I'm speaking to you about mental disorder. That is not a matter of the general principles of criminal liability. Rather, it is a matter of disposition. In my opinion, it's an important matter of disposition. So I've brought into this document matters that go beyond, I suppose, what the bar would have said were appropriate for them to consider under general principles of criminal liability.

The one area I think is appropriate is perhaps diminished responsibility. I didn't raise that with the task force, so they had no opinion. Mr. Peck asked me today why we didn't consider that, and I simply said we had a long agenda. I don't think the silence in the report... one can't say they agree with it, but they certainly did not consider it and dismiss it. I can certainly go that far.

Two final matters; another one relating to disposition, and that's hospital orders. In my opinion, the provision for hospital orders that has currently been adopted... .

I would start with two points. First, I think it was an important initiative for the first time to include the ability to have a hospital order in the Criminal Code. To my chagrin, I believe it's not yet been proclaimed, and I understand it may not be for a year or two. But maybe members of the Department of Justice are better informed on that than I am.

Apparently I am correct in saying it has not been proclaimed.

My view is that it's important—it was an important first step—but I would urge you to look at whether or not what Parliament has done so far with hospital orders has gone nearly far enough. My document simply encourages you to take the notion of hospital orders and make it a little more generous in its potential application.

## [Translation]

Je veux simplement réitérer ce que l'Association du Barreau canadien avait dit, et moi aussi, à savoir que l'idée d'une durée maximale était une initiative importante dans le cadre du projet de loi. On n'y retrouve plus l'idée qu'un verdict d'aliénation mentale signifie l'internement à perpétuité.

Je suis donc d'accord pour la position d'une durée maximale. Mais je suis moins d'accord avec la méthode choisie pour le faire. Je trouve que le moyen prévu dans le projet de loi n'est pas assez raffiné. Je propose donc que vous discutiez de ce qu'il faudrait faire pour le raffiner davantage. Bien des statistiques vous indiqueraient... la Commission sur la détermination de la peine, par exemple, a fait des études qui indiquent la peine imposée en moyenne pour toute une série d'infractions. Je pense que la durée maximale devrait correspondre non pas à la peine maximale prévue pour une infraction donnée, mais plutôt à la peine à laquelle il faut s'attendre, s'il n'y a pas de troubles mentaux. C'est ce dont il est question au paragraphe 55.

Je dois vous rappeler qu'il est question de troubles mentaux. Nous ne touchons pas aux principes généraux de la responsabilité pénale mais plutôt à la sentence. D'après moi, c'est un aspect important du jugement. Mon mémoire va donc plus loin que ce que le barreau a jugé bon d'envisager dans le cadre des principes généraux de la responsabilité pénale.

C'est le cas notamment pour la responsabilité diminuée. Comme je n'en n'ai pas parlé au groupe de travail, celui-ci ne s'est pas prononcé. M. Peck m'a demandé aujourd'hui pourquoi nous ne nous étions pas penché là-dessus. Je lui ai répondu que nous avions déjà un ordre du jour passablement chargé. Je ne crois pas que le fait qu'il n'en soit pas question dans le rapport... évidemment, on ne peut pas dire que le groupe de travail serait d'accord, mais comme il n'a pas étudié du tout la question, il n'a pas non plus rejeté la notion.

Il reste encore deux sujets dont un intéresse aussi la sentence; ce sont les ordonnances de détention dans un hôpital. À mon avis, les dispositions actuelles sur ces ordonnances... .

Je vais d'abord faire deux remarques. Premièrement, il est important que le Code criminel prévoit dorénavant la délivrance d'ordonnances de détention dans un hôpital. Malheureusement, le projet de loi n'a toujours pas été proclamé et il ne le sera probablement pas avant une année ou deux. Peut-être que les fonctionnaires du ministère de la Justice sont plus au courant que moi.

Il semble qu'effectivement le projet de loi n'ait pas encore été proclamé.

C'est donc un premier pas important, mais je vous encourage à vous demander si le Parlement est allé assez loin pour ce qui est de ces ordonnances. Mon mémoire vous incite à favoriser une application plus généreuse de ces dispositions.

**[Texte]**

Finally, the document refers to the defence of automatism. In that regard, it adopts everything the CBA task force report has put forward, but it deals with the matter Mr. Rosen raised earlier, I believe—and I think it does not refer to *Parks*. . . I have slipped *Parks* in, because I wrote this document more recently.

As I said, I think if you were to check what I said last year, you would see my view was that automatism has some similarities. There's a potential public interest in the safety of the community when certain individuals. . . Sleepwalking is a classic example. It seems to me the community wants to be assured that if a sleepwalker is ever acquitted, there is some way of ensuring public safety, some way of ensuring either the probability of that event occurring is slim or none or, alternatively, some way of ensuring that if medication or other matters are required to alleviate it, there is a system of conditional release orders whereby a person can be supervised to ensure that occurs.

Again, my suggestion on how these sections would be drafted is. . . They're there simply to make it clear to you what the principle is. I think they work, but obviously I would be open to suggestions for altering the potential drafting of what I've suggested.

What I mean to imply here is that the special verdict would be similar to the special verdict that now exists for the mental disorder defence, and the standards and safeguards that are built into it would also be applicable to this special verdict. Likewise, the possible supervision that could come out of the special disposition would be applicable.

Those were really the only additions my paper makes to the task force document.

**Mr. Rideout:** I don't have any questions. We went through this with the other legislation.

• 1750

**Mr. Laporte:** I want to ask a question that's related, although not directly. This has to do with this idea of the onus being on the accused regarding proving insanity. Is there some inconsistency between that and changing completely the idea of entrapment where there's an onus on the accused who has a reasonable probability to show that he or she was entrapped? If so, why is that inconsistency there?

**Prof. Ferguson:** It's a very good question. There is an inconsistency. The inconsistency is this: entrapment, as you recall, is not treated as a classic excuse or justification, and the result is not a verdict in which you are not guilty of the offence; the result is that the state has acted in such a reprehensible manner that we will not permit this prosecution to continue. We will enter a stay, which simply means you can't go ahead. The stay does not say that you are not morally blameworthy for trafficking in drugs. The view is that what we're talking about in that process is a question of whether the police behaviour was reprehensible or not. The view is that the accused ought to bear the burden of proof on the civil standard to make out that case.

**[Traduction]**

Enfin, le mémoire aborde la question de la défense par l'automatisme. Je souscris à tout ce que le groupe de travail de l'ABC a proposé dans son rapport, mais je traite de la question qu'a soulevée M. Rosen tout à l'heure—je crois que cela ne s'applique pas à l'arrêt *Parks*—j'ai pu mentionner cet arrêt parce que j'ai écrit ce document dernièrement.

Si vous relisiez ce que j'ai dit l'an dernier, vous constateriez que mon point de vue sur l'automatisme se rapproche de cet arrêt. Le public a un certain intérêt dans la sécurité de la société quand certains individus—le somnambulisme est un exemple classique. Les gens veulent être certains que si un somnambule est acquitté, on puisse trouver le moyen d'assurer la sécurité de la société, de garantir qu'un tel événement ne se reproduise plus, ou que si un médicament ou une autre technique permettant de régler le problème s'avère nécessaire, il existe un régime d'ordonnances de mise en liberté sous condition pour permettre de surveiller la personne visée afin que tout se passe bien.

Je propose là encore un libellé mais c'est uniquement pour que vous compreniez bien le principe. Je pense que ce sont de bonnes dispositions, mais je n'ai rien contre la modification du texte.

Ce que je veux dire, c'est que ce verdict spécial ressemblerait à ce qui se fait déjà lorsqu'une défense d'aliénation mentale est présentée. Les normes et garanties prévues s'y appliqueraient également. Et il pourrait y avoir une certaine surveillance.

Voilà ce que mon mémoire ajoute au rapport du groupe de travail.

**M. Rideout:** Je n'ai aucune question à poser. Nous en avons déjà discuté lors de l'étude du projet de loi.

**M. Laporte:** Je voudrais poser une question qui a un lien indirect avec ce que vous venez de dire. C'est au sujet du fardeau de prouver l'aliénation mentale, qui repose sur l'accusé. Cette suggestion ne contredit-elle pas ce qui se passe en cas de provocation policière où le fardeau de la preuve incombe à l'accusé qui peut raisonnablement montrer qu'il a été provoqué par les policiers? Dans ce cas, pourquoi une telle contradiction?

**M. Ferguson:** C'est une excellente question. Il y a effectivement une contradiction et la voici: la provocation policière ne constitue pas une justification ou une excuse classique qui mène non pas à un verdict de non-culpabilité mais à un arrêt des procédures parce que l'État a agi d'une façon si répréhensible que la poursuite ne peut plus tenir. Un tel arrêt des procédures ne signifie pas que le trafic de stupéfiants, par exemple, n'est pas moralement répréhensible. Ce qu'il faut plutôt déterminer, c'est si la police a agi de façon répréhensible ou non. Voilà pourquoi la charge de la preuve incombe à l'accusé, comme dans les causes civiles.



[Text]

Entrapment, in my opinion, is not a defence that goes to the merits of the culpability of the individual. That's the approach the document takes in the Supreme Court. All the other defences—self-defence, necessity, intoxication, automatism, and insanity—they're all matters that go to whether or not the accused ought to be held morally responsible for his or her behaviour.

**Mr. Laporte:** But surely the end result is the same thing in that if we believe the police shouldn't entrap people—and I think we all do—then why don't we have the same situation as with mental disorders? The defences were...once the accused puts that defence out, the onus is on the Crown.

**Prof. Ferguson:** I have less difficulty with your suggestion, so I'm sorry, I perhaps misinterpreted your question slightly.

The view that you propound was in fact the view of the Quebec Court of Appeal prior to a Supreme Court of Canada decision of about five years ago. There was *Barnes*—and someone over there can help me with the other major entrapment case. It was *Mack*. The case of *Mack* in the Supreme Court of Canada decided all of these issues. The issue was whether it was an acquittal or a stay. Once the court said it was a stay, then they said that it made sense; the burden flows. The Quebec Court of Appeal would have said no, it's an acquittal and the burden remains with the Crown to prove that there was not entrapment beyond a reasonable doubt.

One could take that approach to entrapment. There is a literature that supports your approach, your approach being that we treat it as a matter of culpability. If that's the approach one takes to the substance of the defence, then it makes sense that the onus should remain on the Crown.

That's the explanation. If you think there's an inconsistency, what you have to do is change the substance of the entrapment defence to one of acquittal.

**Mr. Laporte:** Can I ask your personal opinion on that?

**Prof. Ferguson:** I favoured the approach that you're suggesting. I favoured it for another reason, because it then went to the jury. Now when you shift it as a stay, it's a matter that the judge decides. My personal opinion is that when one is talking about the behaviour of the state, and in particular the behaviour of police officers, I would prefer to put that behaviour to a jury and ask them if that is beyond the bounds of what is reasonable. The Supreme Court of Canada has had some obvious concern about doing that and wants to leave that matter in the hands of a judge to decide. Again, it's not that they're right and I'm wrong or conversely; it's a matter of choice that is made at that stage.

**Mr. Rosen:** Mr. Chairman, I just want to close my earlier questioning on automatism, and that may indicate my state of mind today. . .I'm not sure.

[Translation]

Selon moi, la provocation policière est un moyen de défense qui n'a rien à voir avec la culpabilité de l'accusé. C'est ce qu'a décidé la Cour suprême. Tous les autres moyens de défense—la légitime défense, la nécessité, l'intoxication, l'automatisme et l'aliénation mentale—ont une incidence sur la responsabilité morale de l'accusé.

**M. Laporte:** Au bout du compte, cela revient au même car si nous croyons que les policiers ne devraient pas avoir recours à de tels procédés—et nous en sommes tous convaincus—pourquoi ne serait-ce pas pareil pour les troubles mentaux? Les moyens de défense. . .à partir du moment où l'accusé présente ce moyen de défense, la preuve incombe à la Couronne.

**M. Ferguson:** J'ai dû mal interpréter votre question car je ne suis pas contre votre suggestion.

Votre opinion est celle qu'avait la Cour d'appel du Québec avant l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada il y a cinq ans. Il y a eu l'arrêt *Barnes*—et quelqu'un là-bas peut me souffler quel est l'autre important arrêt. L'arrêt *Mack*. C'est dans l'arrêt *Mack* que la Cour suprême du Canada a tranché toutes ces questions. Il fallait précisément déterminer s'il devait y avoir acquittement ou arrêt des procédures. Une fois que la cour a décidé que ce devait être un arrêt des procédures et qu'elle justifiait sa décision, le reste coulait de source. La Cour d'appel du Québec aurait, elle, conclu à un acquittement, obligeant ainsi la Couronne à prouver au-delà d'un doute raisonnable qu'il y avait eu provocation policière.

On pourrait fort bien aborder la question sous cet angle. Il y a d'ailleurs des publications qui vont dans le même sens que vous et qui trouvent que c'est là une question intéressant la culpabilité. Si vous êtes de cet avis, alors il est logique que le fardeau de la preuve incombe à la Couronne.

Voilà l'explication. Si vous trouvez que c'est contradictoire, vous devez arriver à faire reconnaître que la défense de provocation policière devrait mener à l'acquittement.

**M. Laporte:** Pouvez-vous me dire ce que vous en pensez personnellement?

**M. Ferguson:** Personnellement, je suis d'accord avec vous, mais pas pour les mêmes raisons. Moi, c'est parce que c'est le jury qui a décidé. Quand une telle défense aboutit à un arrêt des procédures, alors c'est au juge de décider. Personnellement, quand il faut juger le comportement de l'État, notamment le comportement de ses policiers, il serait préférable que le jury se prononce sur ce qui est raisonnable et ce qui ne l'est pas. La Cour suprême du Canada s'est manifestement inquiétée d'une telle possibilité et a préféré laisser le juge se prononcer. Ce n'est pas une question de savoir qui a tort ou qui a raison. Il a fallu choisir l'une des deux optiques.

**M. Rosen:** Monsieur le président, je voudrais revenir sur l'automatisme, ce qui reflète peut-être mon état d'esprit aujourd'hui.

[Texte]

In your submission you indicate that your view is that when an automatism defence is successfully invoked, there should be some sort of a provision for supervisory order. I'm wondering if you believe that this should be done in all circumstances where the defence is successfully invoked. Second, in what types of circumstances do you think it should be, if it's not in all circumstances?

• 1755

**Prof. Ferguson:** I would first say that I waffled on that because I think it is an important issue. What I have suggested is that, on the potential for special disposition, the court may deal with that person in the same manner as if that person is found not guilty by reason of insanity provided that the person's automatism, number one, is likely to occur again in a manner that poses a substantial danger to the lives or safety of others, and such person shall be subject to...etc. So my little standard, if I've put one in at all, is that special dispositions would occur in situations where the automatism is likely to occur again in a manner that poses a substantial danger to the lives or safety of others.

Obviously the judge would have to be making the initial decision on whether or not this is the type of case where the automatism is likely to occur again. A blow to the head and a concussion is not the type of automatism that is likely to recur. Sleepwalking is definitely the type that might recur.

I could live, however, with a system that says that the judge has the power to consider it in any case and doesn't put in any criteria. Ultimately, why would the judge impose any restrictions? It is because there is some concern ultimately about supervising that individual's conduct.

I inserted those words because it seemed to me that for the blow-to-the-head automatism, the bat on the head where the person gets a temporary concussion, there is really no justification to consider some supervisory orders many years in the future.

**The Chairman:** Thank you very much.

**Prof. Ferguson:** You're welcome.

**The Chairman:** I appreciate that. Today has been a very useful day, certainly for myself. I understand things far more clearly than I have to this point.

Members, I have a point of order to take up with you. It involves this. As you know, we have four issues. Our fellow members of Parliament receive these issues only if they ask to be on the list, and, needless to say, very few have asked to be on it. Our report today will have the task force report appended, as well as Professor Ferguson's paper. Our clerk has the software disk, so it will be the same size as these sheets, rather than this booklet. I wonder if you think we should drop a letter to our colleagues explaining what we are doing, saying that it is a very important topic, and asking them to consider getting copies of the minutes and studying them, because this no doubt will be coming back to Parliament, perhaps next spring. Do you have any views on that?

[Traduction]

Dans votre mémoire, vous dites que lorsque l'on plaide avec succès l'automatisme, une ordonnance de surveillance devrait être rendue. Croyez-vous que ce devrait être le cas quelles que soient les circonstances? Sinon, dans quelles circonstances de telles dispositions devraient-elles s'appliquer?

**M. Ferguson:** Je me suis étendu là-dessus parce que je trouve que c'est un sujet important. Ce que je propose, c'est l'adoption de dispositions spéciales afin que le tribunal puisse traiter les personnes qui ont invoqué l'automatisme en défense comme si elles avaient été reconnues non-coupables pour cause d'aliénation mentale, à condition que l'automatisme de ces personnes soit susceptible de se reproduire d'une façon qui pourrait être dangereuse pour la vie ou la sécurité des autres et que ces personnes soient soumises... Mon critère personnel, s'il y en a un, c'est que ces dispositions spéciales s'appliquent dans les cas où l'automatisme est susceptible de se reproduire d'une façon qui serait très dangereuse pour la vie et la sécurité des autres.

Évidemment, ce serait au juge de décider si un tel automatisme est susceptible de se reproduire. Un coup à la tête entraînant une commotion cérébrale n'est pas susceptible de se reproduire, mais le somnambulisme se reproduira certainement.

Je serais prêt à accepter des dispositions prévoyant que le juge a le pouvoir d'envisager un tel recours quelles que soient les circonstances, sans énoncer de critères. En définitive, pourquoi le juge imposerait-il des restrictions? Parce que l'on a certaines craintes à propos de la surveillance du comportement de la personne.

J'ai ajouté ces mots parce qu'il me semblait qu'une commotion cérébrale temporaire ne pouvait pas justifier une ordonnance de surveillance pendant des années.

**Le président:** Merci beaucoup.

**M. Ferguson:** Je vous en prie.

**Le président:** Je vous suis reconnaissant. J'ai trouvé que la journée d'aujourd'hui avait été particulièrement instructive. Je comprends maintenant beaucoup mieux.

Je voudrais maintenant traiter d'un rappel au Règlement avec les membres du comité. Comme vous le savez, nous avons quatre fascicules. Les autres députés ne les reçoivent que s'ils se font inscrire sur notre liste. Je n'ai pas besoin de vous dire que très peu d'entre eux l'ont fait. Nous allons annexer au compte rendu d'aujourd'hui le rapport du groupe de travail et le mémoire du professeur Ferguson. Comme la greffière en a la disquette, ce ne sera pas une brochure comme celle-ci, mais un document comme ces feuilles-ci. Devrions-nous écrire un mot à nos collègues pour leur expliquer ce que nous faisons, leur signaler qu'il s'agit d'un sujet très important et leur suggérer de penser à ce que procurer un exemplaire du compte rendu pour l'étudier, parce que le sujet reviendra très certainement au Parlement, peut-être au printemps prochain. Qu'est-ce que vous en pensez?



*[Text]*

**Mr. Rideout:** I don't have any problem with that.

**Mr. Laporte:** I don't have any problem with it either. It is a fair suggestion.

**The Chairman:** Do you think anybody would read it?

**Mr. Rideout:** Well, it precludes the argument that they haven't had an opportunity to read it, because they've got it.

**The Chairman:** It might be wise for us to rise in our caucuses and verbally bring it to their attention when we get our own letters, and ask them to read it, because today's—

**Mr. Rideout:** Sure. It's a pre-emptive strike.

**The Chairman:** Yes. It is trying to soften them up or get them ready, I suppose.

**Mr. Rideout:** Yes, sure. It's a good idea.

**The Chairman:** We will do that, then.

On that, we stand adjourned.

*[Translation]*

**M. Rideout:** Je suis d'accord.

**M. Laporte:** Moi aussi. Je trouve que c'est une bonne idée.

**Le président:** Croyez-vous que quelqu'un voudra lire le compte rendu?

**M. Rideout:** En tout cas, ils ne pourront pas prétendre ne pas avoir lu le document parce qu'il ne l'ont pas reçu.

**Le président:** Il faudrait peut-être soulever la question au caucus pour les avertir qu'il recevront une lettre et leur demander de la lire. Parce que la séance d'aujourd'hui. . .

**M. Rideout:** C'est certainement ce qu'il faut faire.

**Le président:** Oui. Il faut les amadouer ou alors les préparer.

**M. Rideout:** Certainement. C'est une bonne idée.

**Le président:** Alors, c'est ce que nous ferons.

Sur ce, la séance est levée.

## **APPENDIX “CODE-6”**

### **PRINCIPLES OF CRIMINAL LIABILITY**

**Proposals for a New  
General Part of the  
*Criminal Code of Canada***

**REPORT OF THE  
CANADIAN BAR ASSOCIATION  
CRIMINAL RECODIFICATION  
TASK FORCE**



## TABLE OF CONTENTS

### MEMBERS OF THE CBA TASK FORCE

### PREFACE

### FOREWORD

### PART I: OVERVIEW

- I. INTRODUCTION
  - A. The *Criminal Code of Canada*
  - B. The reform process
  - C. Referral to the Standing Committee on Justice
  - D. The Canadian Bar Association's role
  - E. Funding
- II. GUIDING PRINCIPLES
  - A. The need for a new *Criminal Code*
  - B. Codification
  - C. Criminal liability for subjective fault

### PART II: PREAMBLE

- III. DECLARATION OF PURPOSE AND PRINCIPLES
  - A. The Task Force's recommendations
  - B. Discussion

### PART III: ESSENTIAL ELEMENTS OF AN OFFENCE

- IV. THE PHYSICAL ELEMENT
    - A. The Task Force's recommendations
    - B. Discussion
      - 1. Principle of legality
      - 2. Criminal liability
      - 3. Prohibited conduct
      - 4. Omissions
      - 5. Causation
        - a. The threshold
        - b. Sole or main cause
        - c. Independent intervening cause
        - d. Thin skulls
      - 6. Conscious involuntary conduct
      - 7. Automatism
- V. THE MENTAL ELEMENT
  - A. The Task Force's recommendation
  - B. Subjective fault
  - C. Circumstances and consequences
  - D. The fault element
  - E. Discussion
    - 1. Intent

2. Knowledge
3. Recklessness
4. Negligence
5. Prescribed state of mind applies to all aspects of prohibited conduct
6. Residual rule
7. Greater culpability requirement satisfies lesser

#### VI. MISTAKE OF FACT

- A. The Task Force's recommendation
- B. The present law
  1. The common law
  2. Statutory recognition of mistake of fact
- C. Shortcomings of the present law
  1. Negating the mental element
  2. Honest belief
  3. Negligence
  4. Voluntarily-induced intoxication
  5. Transferred mistake of fact
- D. Discussion
  1. Honest belief
  2. Transferred mistake of fact
  3. Codified defences

#### VII. MENTAL DISORDER

- A. The Task Force's recommendation
- B. The capacity to choose between right and wrong
- C. Section 16 of the present *Criminal Code*
  1. Natural imbecility and disease of the mind
  2. Incapable of appreciating the nature and quality of an act or omission
  3. Incapable of knowing that an act or omission is wrong
  4. Specific delusions
  5. Presumption of sanity and the burden of proof
- D. Irresistible impulse
- E. Who can raise the issue?

### PART IV: DEFENCES, JUSTIFICATIONS AND EXCUSES

#### VIII. DEFENCE OF THE PERSON

- A. Task Force's recommendations
- B. The present law
  1. Self-defence against unprovoked assault
  2. Self-defence in the case of aggression
  3. Preventing assault
  4. Excessive force
- C. Shortcomings of the present law
- D. Recommendations for reform
  1. The accused's apprehension of being attacked
  2. Provocation by the accused
  3. The force used by the accused in self-defence
  4. Excessive force
  5. Defence of third persons
  6. Law enforcement exception



- IX. DEFENCE OF PROPERTY
  - A. Task Force's recommendation
  - B. The present law
    - 1. Defence of personal property
    - 2. Defence of a dwelling-house or real property
    - 3. Extent of force
  - C. Recommendations for reform
    - 1. Distinction between movable and immovable property
    - 2. The circumstances in which force may be used
    - 3. Reasonableness of the force used
    - 4. The intentional causing of death
- X. NECESSITY
  - A. The Task Force's recommendation
  - B. The present law
  - C. Shortcomings of the present law
    - 1. Spontaneity
    - 2. No reasonable alternative
    - 3. Proportionality
    - 4. Murder
  - D. Recommendations for reform
    - 1. Avoiding harm to persons or property
    - 2. Immediacy of the danger
    - 3. The subjective/objective test
    - 4. Murder
    - 5. Creating the danger
- XI. DURESS
  - A. The Task Force's recommendation
  - B. The present law
  - C. Shortcomings in the present law
    - 1. Threats of death or bodily harm
    - 2. Immediacy
    - 3. Threat by a person present
    - 4. Threat to harm a third person
    - 5. Enumerated offences where duress does not excuse
  - D. Recommendations for reform
    - 1. The threat of harm
    - 2. Threats to third persons
    - 3. Immediacy
    - 4. The presence of the threatening person
    - 5. The subjective/objective test
    - 6. Exclusions
- XII. INTOXICATION
  - A. The Task Force's recommendation
  - B. The present law
    - 1. Specific intent
    - 2. Capacity to form the intent
  - C. Shortcomings of the present law
    - 1. Specific intent
    - 2. Capacity
    - 3. Recklessness

- D. Recommendations for reform
  - 1. Specific intent
  - 2. Capacity
  - 3. Exclusions
  - 4. Included offence of criminal intoxication

### XIII. MISTAKE OF LAW

- A. The Task Force's recommendation
- B. The present law
  - 1. Strict application
  - 2. Emerging exceptions
    - a. officially-induced error
    - b. Non-publication of the law
    - c. Mistake based on private rights or civil law
    - d. Wilful breach of a probation order
    - e. Characterizing the mistake as one of fact
- C. Recommendations for reform
  - 1. Absence of *mens rea*
  - 2. Exceptions
    - a. private or other civil rights
    - b. publication
    - c. reasonable reliance on a judicial decision
    - d. officially-induced error

### XIV. PROVOCATION

- A. The Task Force's recommendation
- B. The present law
  - 1. Sudden provocation
  - 2. Wrongful act or insult
  - 3. Sufficient to deprive an ordinary person of self-control
  - 4. Actual retaliation "on the sudden" in the heat of passion
- C. Shortcomings of the present law
- D. Recommendations for reform

### XV. *DE MINIMIS NON CURAT LEX*

- A. The Task Force's recommendation
- B. The present law
  - 1. Possession of liquor or narcotics
  - 2. Theft
  - 3. Assault
- C. Shortcomings of the present law
- D. Recommendations for reform
  - 1. Proposals for reform
  - 2. Retaining the excuse of *de minimis*
  - 3. Codifying *de minimis* in the new *Criminal Code*
  - 4. Judicial discretion
  - 5. Burden of proof

### XVI. ENTRAPMENT

- A. The Task Force's recommendation
- B. The present law
- C. Recommendations for reform
  - 1. Codifying entrapment



2. The test for entrapment
3. A decision for the court
4. Burden of proof

XVII. COMMON LAW DEFENCES

- A. The Task Force's recommendation
- B. The present rule
- C. Proposals for reform
- D. Essential elements

PART V: INCOMPLETE OFFENCES

XVIII. ATTEMPTS

- A. The Task Force's recommendation
- B. The present law
  1. The mental element
  2. *Actus reus*
  3. Abandonment
  4. Impossibility
- C. Recommendations for reform
  1. The mental element\*
  2. *Actus reus*
  3. Question of law
  4. Abandonment
  5. Impossibility
  6. Penalty
  7. Parties to attempts

PART VI: PARTICIPATION

XIX. CONSPIRACY

- A. The Task Force's recommendation
- B. The present law
  1. Legislative provisions
  2. Justification for the offence of conspiracy
  3. Elements of conspiracy
    - a. Agreement to achieve a common purpose or a particular object
    - b. Intention to adhere to the agreement - *mens rea*
    - c. Knowledge of the general nature of the conspiracy
    - d. Agreement between two or more persons
    - e. Purpose prohibited by statute
  4. Merger of conspiracy with the substantive offence
  5. Attempts
  6. Abandonment
  7. Impossibility
  8. Jurisdiction
- C. Recommendations for reform
  1. The offence of conspiracy should be retained
  2. *Actus reus*
  3. Indictable offences under the *Criminal Code*
  4. The mental element

5. Attempts
6. Abandonment
7. Merger of conspiracy and the substantive offence
8. Impossibility
9. Penalty
10. Spousal immunity
11. Extra-territoriality

**XX. PARTIES**

- A. The Task Force's recommendation
- B. The present law
  1. Historical development
  2. Secondary liability
  3. The party provisions
    - a. Principals
    - b. Aiders and abettors
    - c. Parties to a common intention
  4. Counselling an offence
    - a. Counselling an offence that is committed
    - b. Counselling an offence that is not committed
  5. Accessories after the fact
  6. Abandonment by a party
- C. Recommendations for reform
  1. Aiding
  2. Encouraging
  3. Common intention
  4. Counselling an offence which is committed
  5. Counselling an offence which is not committed
  6. Accessory after the fact

**PART VII: MULTIPLE CONVICTIONS****XXI. DOUBLE JEOPARDY**

- A. The Task Force's recommendation
- B. Comment

**PART VIII: SUMMARY OF RECOMMENDATIONS****ANNEX "A"****LIST OF DISCUSSION PAPERS**



**MEMBERS OF THE CBA TASK FORCE**

**Chair:** Richard C. C. Peck, Q.C., Vancouver

**Delegates of Provincial and Territorial Criminal Justice Sections:**

British Columbia	Tom Burns, Vancouver Russel Chamberlain, Q.C., Vancouver David Winkler, Crown Counsel Office, Vancouver Ian Donaldson, Vancouver
Yukon	Robert Kilpatrick, Whitehorse
Alberta	Bart Rosborough, Edmonton Shelagh Creagh, Edmonton Dan Stachnick, Edmonton Peter Michalyshyn, Edmonton
Northwest Territories	Alan Regel, Yellowknife
Saskatchewan	John Williams, Regina
Manitoba	Sheldon Pinx, Q.C., Winnipeg Ellen Gordon, Winnipeg Clyde Bond, Winnipeg Robert (Rocky) Pollack, Winnipeg Rob Finlayson, Winnipeg Lee Stuesser, Winnipeg
Ontario	Michele Fuerst, Toronto Brian Greenspan, Toronto
Quebec	Jean-Claude Dubé, Montréal Alain Dubois, Longueuil Philip Schneider, Longueuil
New Brunswick	Rodney Macdonald, Saint John
Nova Scotia	David Bright, Q.C., Dartmouth
Prince Edward Island	John Mitchell, Charlottetown
Newfoundland	Wayne Gorman, St. John's

**Members of the Judiciary:**

British Columbia of Appeal      Mr. Justice Josiah Wood, British Columbia Court

Ontario      Mr. Justice David Watt, Ontario Court, General Division

**Law Professor:**

British Columbia      Professor Gerry Ferguson, Faculty of Law,  
University of Victoria

**Canadian Bar Association, National Office**

Terence Wade  
France Houle  
Melina Buckley

**Department of Justice, Criminal Law Policy Section (observers)**

Heather Holmes  
David Daubney

**Research**      Keith Hamilton, Vancouver  
Gil McKinnon, Vancouver



## PREFACE

The Criminal Code Recodification Task Force was created in Fall 1990 to address in a comprehensive fashion the reform of the General Part of the *Criminal Code of Canada*. The Task Force follows in the footsteps of the Special Committee on the Criminal Code chaired by Rocky Pollack, which operated from 1987 to 1989.

The specific objective of the Task Force is to provide the Canadian Bar Association with a sound basis for its recommendations for recodification and to coordinate the Association's contribution to law reform efforts in this field. This initiative could not be more timely. This report will form the basis of the Association's presentation to the House of Commons Standing Committee on Justice and the Solicitor General on recodification in the Fall of 1992.

The Canadian Bar Association is involved in reform of the criminal law on an ongoing and continuous basis. In the past year, the Association has made submissions to Parliamentary Committees on many amendments to the *Criminal Code* dealing with issues such as mental disorder, firearms control, and sexual assault. Many of these amendments have an impact, either direct or indirect, on the general principles of the criminal law. In addition, the Association has long been active in reform of other aspects of the criminal law, notably the law and policy of sentencing, corrections, and conditional release. All of these activities have underscored the urgent need for fundamental and comprehensive reform of the *Criminal Code*.

By creating this Task Force, the Executive of the CBA acknowledged its serious concern and the serious concern of many members of the Association that on its 100th anniversary the current *Criminal Code* is archaic, incomplete, poorly organized and difficult to understand. It was also recognized that lawyers have a responsibility to press for reform of the criminal law. While it is not lawyers alone who should participate in discussions over reform, as a group, we have a unique perspective which must be strongly voiced in this debate.

The Task Force includes individuals who are members of the defence bar, Crown counsel, members of the judiciary, and academics. This broad representation has helped to ensure that the issues were canvassed from a range of perspectives and that the competing interests are balanced in the recommendations for reform.

The goals of the Task Force include contributing to understanding of the general principles underlying our criminal law by the legal profession and the public. In addition to recommending options for reform, the report and the more detailed working papers which it is based on fulfill this function in an admirable fashion. This research and analysis will invigorate and inform the debate at the present time and into the future.

In carrying out its mandate, the Task Force has followed from and added to the superb work undertaken by the Law Reform Commission of Canada. Without the Commission's initial and ground-breaking studies, working papers and reports, the path to recodification could not have begun. It is difficult to imagine law reform efforts in the aftermath of the abolition of the Commission.

The Task Force identifies the *Criminal Code* as urgently in need of reform. The challenge must be taken by the federal government - and now.

The Canadian Bar Association is proud of the accomplishment of this Task Force and grateful for the efforts of those persons who contributed to the report. In particular, I would like to thank the Chair, Richard Peck, Q.C. of Vancouver for his exceptional contribution. I am confident that when members have read this report they will agree that it presents a clear, explicit and timely review of large and complex issues.

The Canadian Bar Association will continue to contribute to the reform of the criminal law and press for implementation of the recommendations in this report, now and in the years to come.

J.J. Camp, Q.C.  
President, 1991-92



## FOREWORD

The *Criminal Code of Canada* is now one hundred years old. Although it has served Canadians well over the last century it has only done this through the expedient of frequent legislative amendment. In the main, changes to the *Code* have been desultory, although comprehensive amendments have occurred, most notably in 1927 and 1955. The result is a patchwork document that has long since outlived its usefulness.

The composition of Canadian society has changed dramatically in the past 100 years. So, too, have many of the values and expectations of Canadians. A new *Criminal Code* is essential to respond to these changes. Advances in medical science, psychiatry and penology, to name a few, need to be recognized in the *Criminal Code* as do changes wrought by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The time for reform of the *Code* is upon us.

The arduous road toward recodification is already well-travelled. The Canadian Bar Association acknowledges the significant contributions made by criminal law reformers to date. In particular, the Association praises the work of the Law Reform Commission of Canada which has established a strong base of research, analysis and proposals for recodification efforts. These efforts were made possible by the strong leadership of Presidents, Justice Allen Linden and Justice Gilles Lévesque. The Task Force has drawn heavily upon the work of the Law Reform Commission in the preparation of this report.

The Canadian Bar Association has long been an active participant in criminal law reform through studies, governmental consultations and submissions to legislative bodies. The Association established the Criminal Code Recodification Task Force in order to respond in a comprehensive manner to the Law Reform Commission's Report 31, *Recodifying Criminal Law* and to make recommendations to the Parliamentary Committee studying the General Part of the *Criminal Code*.

The General Part of the *Criminal Code* deals with general principles of criminal liability, justifications, excuses, other defences and involvement in complete and incomplete crimes. The Task Force focused on selected issues within the General Part, leaving consideration of specific criminal offences and other aspects of the criminal law, such as sentencing, to a later date.

This report is the product of the Task Force's vigorous analysis and debate of seventeen selected criminal justice issues. The broad membership of the Task Force meant that diverse interests were represented and competing views on many issues expressed. This composition produced stimulating and healthy debate and, in some cases, an even division of opinion as to how the issue should be resolved. In every case these differences reflected honest and principled differences of opinion which will likely be experienced during the political and departmental examination of these issues. The Task Force decided that, rather than gloss over these differences, it ought to state the opposing views clearly and the arguments in favour of each so that the readers of this report will appreciate the underlying policy considerations and the consequence of adopting one or the other of the various alternatives.

The central theme of the Report is the principles of criminal liability. The Task Force has concluded that subjective fault is a principle of fundamental importance which must be respected in every provision of the new *Criminal Code*. It has been an integral part of the common law for centuries and is now recognized as a principle of fundamental justice under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It is the best possible articulation of the differences between civil and criminal liability. All of the Task Force's recommendations are rooted in this fundamental principle.

The Task Force welcomes the benefits of codification. However, the clarity and accessibility which come through codification need not, indeed must not, fetter the creative powers of the common law. The new *Criminal Code* must strike a balance between a clear statement of the criminal law and a capacity to have the law evolve over time in response to changes which we cannot today even comprehend. Accordingly, the Task Force endorses a code model which allows room for continued development of the law, and in particular, common law defences, through judicial interpretation.



The Task Force recognizes that the criminal law must balance competing interests. In the Report, these interests have been recognized through recommendations on the appropriate use of the onus of proof, evidential burdens, public policy defences and the utilization of objective limitations on the use of force.

Many individuals have been actively involved in preparing this report. Members of the Task Force have given freely of their time to come together and exchange views. However, there are some who deserve special mention. Wayne Chapman Q.C. and J.J. Camp Q.C., Presidents of the Canadian Bar Association during the Task Force's mandate have supported the project throughout and provided the Task Force with the able assistance of national office staff Terence Wade, France Houle and Melina Buckley. The dedicated and invaluable efforts expended by researchers Keith Hamilton and Gil McKinnon were an invaluable contribution to the Report.

The Criminal Code Recodification Task Force is pleased to present this report to the Canadian Bar Association for consideration. It is our hope that it will be a significant contribution to the recodification effort. While the issues addressed in this report are complex, the recommendations are presented in the spirit of law reform and discussion and debate are welcome. The Task Force is proud of the result of its efforts to review the General Part of the *Criminal Code*. We believe that our recommendations would serve society well.

Richard C.C. Peck, Q.C.  
Chair,  
Criminal Code Recodification  
Task Force

## PART I: OVERVIEW

### I. INTRODUCTION

#### A. The *Criminal Code of Canada*

Canada's first *Criminal Code* was passed by Parliament in 1892,<sup>1</sup> and became law in July 1893. Don Stuart<sup>2</sup> describes its origins:

This *Code* dealt with substantive law and procedure. The former was largely founded on the English Draft *Code* of 1879 which in turn was primarily the work of Sir James Stephen. This extraordinary jurist had battled valiantly to have English criminal law codified. This he never achieved, apparently due to scepticism about the value of any codification of the common law, resistance to change within the legal profession and, one suspects, a petulant reluctance to allow one man to achieve so much so quickly.

Consolidations were made to the *Code* in 1906, 1927 and 1955, but its basic structure has remained substantially the same for nearly a century.

#### B. The reform process

In 1972 Parliament created the Law Reform Commission of Canada<sup>3</sup> which, in the ensuing two decades, published scores of Working Papers and Reports on many aspects of criminal law and procedure.

---

<sup>1</sup> S.C. 1892, c. 29.

<sup>2</sup> D.R. Stuart, *Canadian Criminal Law, A Treatise*, 2d ed. (Toronto: Carswell, 1987) at 2.

<sup>3</sup> *Law Reform Commission Act*, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 23. Regrettably, the Law Reform Commission of Canada was abolished by the federal government in 1992.



In 1987 the Commission published Report 31, *Recodifying Criminal Law*, which contained recommendations for an entirely new *Criminal Code* for Canada. The first division of the report proposed a General Part, dealing with general principles of criminal liability, justifications, excuses, other defences and involvement in complete and incomplete crimes. The second major division, the Special Part, proposed a comprehensive re-structuring of criminal offences on all matters except trade and securities frauds, abortion, sex offences, prostitution and pornography.

Sentencing was not included, as that task had been performed by the Canadian Sentencing Commission.<sup>4</sup> Matters of criminal procedure were to be addressed separately by the Law Reform Commission in its forthcoming *Code of Criminal Procedure*.<sup>5</sup>

### C. Referral to the Standing Committee on Justice

In 1990 the then Minister of Justice Doug Lewis announced his intention to refer the issue of a new *Criminal Code* to the House of Commons' Standing Committee on Justice and the Solicitor General. To assist the Committee, the Department published a framework document entitled *Toward a New General Part for the Criminal Code of Canada*, which summarized the main principles contained in the General Part as proposed by the Law Reform Commission of Canada, their rationale, the present law, Canadian and foreign recommendations for reform, and issues for consideration.

In 1991 the new Minister of Justice Kim Campbell re-affirmed the Government's commitment to table a new General Part of the *Criminal Code* in Parliament in time for it to become law by July 4, 1993, the 100th anniversary of the present *Code*.

---

<sup>4</sup> *Sentencing Reform: A Canadian Approach* (Ottawa: Supply and Services Canada, 1987).

<sup>5</sup> The first volume of the Commission's proposed *Code of Criminal Procedure* was published in 1991 as: Report 33 - *Recodifying Criminal Procedure* (Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1991).

In February 1992 a subcommittee of the Standing Committee was struck, to examine in detail the various proposals for a new General Part.

#### **D. The Canadian Bar Association's role**

The Canadian Bar Association is Canada's national lawyers' organization and has, since its inception, had a keen interest in law reform.

Each provincial and territorial branch of the Association has a Criminal Justice Section, the membership of which typically includes prosecutors, defence counsel, law professors and members of the judiciary.

In 1987 Rocky Pollack, then Chair of the Canadian Bar Association's National Criminal Justice Section, was appointed chairperson of a task force to study the emerging Law Reform Commission of Canada's *Criminal Code* revision proposals. Michelle Fuerst and Heather Holmes are current Task Force members who were involved in its initiation, together with Manitoba Crown Attorney Bob Gosman, Vancouver criminal lawyer Terry La Liberté, ex-Northwest Territories legislator Joel Fournier and Calgary criminal lawyer Don McLeod. The Canadian Bar Association was unable to secure funding for continuation of this project and there was no significant action on the Law Reform Commission recommendations by the Department of Justice. Therefore the task force was disbanded and its members were unable to complete a report to the Canadian Bar Association Council.

In 1990 Richard Peck, Q.C., the next Chair of the Canadian Bar Association's National Criminal Justice Section, obtained approval and funding for the creation of a national task force on criminal recodification, to respond to the Law Reform Commission's Report and to make recommendations to the Standing Committee respecting the General Part of the new *Criminal Code*.



In his view, the Canadian Bar Association was uniquely qualified to play this role, for several reasons:

- its members across the country have enormous practical experience working in the criminal justice system on a daily basis;
- its members, representing prosecutors, defence counsel, academics and the judiciary, would be uniquely qualified to identify and balance the competing interests that arise, in developing a new General Part;
- its members, and others it could press into service, possess a detailed understanding of the complex legal issues which must be addressed when developing a new General Part;
- its members, especially the defence bar, are perhaps the only group which could articulately voice the concerns of those charged with criminal offences.

The Canadian Bar Association Task Force consisted of Richard Peck as Chair, one or more delegates from each provincial and territorial Criminal Justice Section, a justice of the British Columbia Court of Appeal, a justice of the Ontario Court, General Division, a law professor from the University of Victoria and the Canadian Bar Association's Senior Director of Legislation and Law Reform. A member of the Department of Justice's Criminal Law Review Project attended all the Task Force's meetings as an observer. The Task Force retained two practitioners from Vancouver to prepare research papers on the various issues.

The Task Force held five meetings between May 1991 and May 1992, in Winnipeg, Montreal, Toronto and Vancouver.

The Task Force recognized that financial and time restraints would preclude it from studying all the recommendations contained in the Law Reform Commission's Report 31, and selected 17 issues which it considered to be the most important. Extensive research papers were prepared on most of these topics, typically including a detailed discussion of the present law, a statement and analysis of Canadian and foreign proposals for reform, identification of issues for consideration and, in some cases, recommendations for reform.

This Report is the product of the Task Force's analysis of these difficult issues, and its vigorous debate on many of the more contentious matters. The broad membership of the Task Force meant that diverse interests were represented and competing views on many issues were expressed. This produced stimulating and healthy debate and, in some cases, an even division of opinion as to how the issues should be resolved.

In every case, these differences reflected honest and principled differences of opinion which likely will be experienced during the political and departmental examination of these issues. The Task Force decided that, rather than gloss over these differences, it ought to state the opposing views clearly and the arguments in favour of each, so that readers of this Report will appreciate the underlying policy considerations and the consequences of adopting one or other of the various alternatives.

The issues addressed in this Report are complex, and the Report at best presents a summary of the law, inadequacies in the law and competing models for reform. For a more complete discussion of each issue, the reader is referred to the research papers prepared by the Task Force listed in the Appendix to this Report.

### **E. Funding**

This project could not have been undertaken without the generous financial support of:

- The Canadian Bar Association's Law For The Future Fund,
- the Department of Justice, Ottawa,
- the Law Reform Commission of Canada,
- the Alberta Law Foundation,
- the Barreau du Québec - Fonds d'études juridiques,
- the Law Foundation of British Columbia,
- the Law Foundation of Nova Scotia,
- the Law Foundation of Ontario,
- the Law Foundation of Prince Edward Island,
- the Law Foundation of Saskatchewan,
- the Manitoba Law Foundation,
- the New Brunswick Law Foundation,
- the Northwest Territories Law Foundation,
- the Yukon Law Foundation.



## II. GUIDING PRINCIPLES

### A. The need for a new *Criminal Code*

The Task Force endorses the Law Reform Commission's analysis of the shortcomings of the present *Criminal Code*:

... it remains much the same in structure, style and content as it was in 1892. It is poorly organized. It uses archaic language. It is hard to understand. It contains gaps, some of which have been filled by the judiciary. And it fails to address some serious current problems. Moreover, it has sections which may well violate the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.<sup>6</sup>

A new *Criminal Code* is needed, and soon.

### B. Codification

The Task Force supports the development of a comprehensive criminal *code*, for the reasons stated by the Law Reform Commission in Report 33 - *Recodifying Criminal Procedure*:

1. It introduces order and system into a mass of legal concepts and ideas and so presents the law as a homogeneous, related whole rather than as a series of isolated propositions.
2. It demands that one take stock of existing legal materials, and so forces an examination not only of the ideas existing in the state engaged in codification but also in all other civilized states.
3. It works to eradicate uncertainty in the law by bringing together the law into one place or book.
4. It makes the law more accessible to the average person.

---

<sup>6</sup> Report 31 - *Recodifying Criminal Law* (Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1987) at 1.

5. Those engaged in the exposition of the law are assisted by being provided with an authorized framework within which to conduct their work.<sup>7</sup>

Having said that, the Task Force recognizes that our society's values change over time, and our present views of criminal liability may well be affected by advances in medical science, psychiatry, penology and a growing recognition of individual and group rights and liberties.

While the benefits of codification far outweigh a purely common law regime or our present hybrid model, we must build into any codification of the criminal law a flexibility which will enable legislators and the courts to adjust to new realities, changing values and new understanding of the human mind.

So, for example, the Task Force will recommend retention of a provision comparable to section 8(3) of the present *Criminal Code*, to the effect that "no defence, justification or excuse shall be unavailable unless expressly prohibited by this *Code*."

The clarity and accessibility which come through codification need not, indeed must not, fetter the creative powers of the common law. The new *Criminal Code* must strike a balance between a clear statement of the criminal law and a capacity to have that law evolve over time in response to changes which we cannot today even comprehend.

### C. Criminal liability for subjective fault

In primitive stages of our society, the preservation of order was a matter of paramount importance. A prohibited act was one of absolute liability; a person was punished for having committed an offence, regardless of his or her state of mind.

It was only under the influence of Canon law and Roman law that the idea of moral blame first arose in England in the 13th century. This idea slowly evolved into the common law principle that *mens rea* or guilty mind was an essential element in criminal responsibility.

---

<sup>7</sup> *Supra*, note 5 at 1-2.



Canada's 1892 *Criminal Code* was enacted against this historical background, that there should be no criminal liability without personal fault. This underlying principle was recently endorsed by the Supreme Court of Canada:

It has from time immemorial been part of our system of laws that the innocent not be punished. This principle has long been recognized as an essential element of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in the dignity and worth of the human person and on the rule of law. It is so old that its first enunciation was in Latin: *actus non facit reum nisi mens sit rea*.<sup>8</sup>

Not only is a fault requirement firmly entrenched in the common law, it is now part of the constitution of Canada under section 7 of the *Charter of Rights and Freedoms*.<sup>9</sup>

The law is clear that the fault requirement must be subjectively determined; it is not enough that the "reasonable person" would have known, or that a specific accused should have known. That is the test for civil liability, but it has no place in determining criminal liability:

Where the offence is criminal, the Crown must establish a mental element, namely, that the accused who committed the prohibited act did so intentionally or recklessly, with knowledge of the facts constituting the offence, or with wilful blindness toward them. Mere negligence is excluded from the concept of the mental element required for conviction. Within the context of a criminal prosecution a person who fails to make such inquiries as a reasonable and prudent person would make, or who fails to know facts he should have known, is innocent in the eyes of the law.<sup>10</sup>

The Task Force believes very strongly that subjective fault is a fundamentally important principle which must be respected in every provision of the new *Criminal Code*. It has for centuries been an integral element of the common law, and is now recognized as a principle of fundamental justice under section 7 of the *Charter*. It is one of the fundamental distinctions between civil and criminal liability.

---

<sup>8</sup> Reference re Section 94(2) of Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288 (1985) 48 CR (3d) 289 at 318, per Lamer, J. The Latin expression is translated as: An act does not make the person doing it guilty unless it is accompanied by a guilty mind.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> *R. v. Sault Ste. Marie* (1978) 40 CCC (2d) 353 (SCC) at 362, per Dickson, J.

## PART II: PREAMBLE

### III. DECLARATION OF PURPOSE AND PRINCIPLES

#### A. The Task Force's recommendation

The Task Force recommends that the new *Criminal Code* contain a preamble to the following effect:

#### DECLARATION OF PURPOSE AND PRINCIPLES

WHEREAS the purpose of the criminal law is to ensure the protection and security of all members of Canadian society;

AND WHEREAS that purpose is fulfilled by setting standards which represent the limits of acceptable conduct and by proscribing culpable conduct which falls outside those limits;

AND WHEREAS the criminal law should be used in a manner which least interferes with the rights and freedoms of individuals;

AND WHEREAS the purpose of the *Criminal Code of Canada* is to set out the principles of the criminal law in a single document;

It is declared that the following principles will guide the interpretation and application of the *Criminal Code of Canada*:

- (a) no one shall be criminally sanctioned unless that person has the requisite wrongful state of mind;



- (b) the criminal law should only be resorted to when other means of social control are inadequate or inappropriate;
- (c) persons who commit crimes must bear the responsibility for their actions;
- (d) the criminal law is to be administered in a fair and dispassionate manner while recognizing the principles of tolerance, compassion and mercy that are integral values of Canadian society.

## B. Discussion

The Task Force supports the inclusion of a preamble setting out the essential purposes and principles of the criminal law within the new *Criminal Code*. The existing *Code* does not contain a preamble, although the *Young Offenders Act* includes a declaration of principle.<sup>11</sup> The Law Reform Commission of Canada was divided on this issue, with the majority opposing the inclusion of a preamble and the minority favouring inclusion.<sup>12</sup>

The Task Force agrees with the view expressed by the minority of Commissioners that a preamble containing a declaration of principles will assist in the interpretation and application of the *Criminal Code*, particularly in difficult cases. The incorporation of a declaration of principles reinforces the view that the *Code* is more than an ordinary statute. Rather, it is a comprehensive and integrated document of fundamental importance. Like the *Code* itself, the preamble reflects Canadian values. The statement is clear and its meaning ascertainable. These factors are of prime importance in an area of law which has a strong, and perhaps unequalled, impact on all Canadians.

---

<sup>11</sup> R.S.C. 1985, c. Y-1, section 3.

<sup>12</sup> *Supra*, note 6 at 7.

### **PART III: ESSENTIAL ELEMENTS OF AN OFFENCE**

#### **IV. THE PHYSICAL ELEMENT**

##### **A. The Task Force's recommendations**

The Task Force recommends that the new *Criminal Code* contain a provision to the following effect:

##### **Principle of legality**

- 1. No one is criminally liable for conduct that, at the time of its occurrence, was not an offence under this *Code* or under any other Act of the Parliament of Canada.**

##### **Criminal liability**

- 2. Except where otherwise specifically provided, no one is criminally liable for an offence unless that person engages in the prohibited conduct, with the required blameworthy state of mind, in the absence of a lawful justification, excuse or other defence.**

##### **Prohibited conduct**

- 3. Prohibited conduct consists of an act, omission or state of affairs committed or occurring in specified circumstances or with specified consequences.**



### Omissions

**4. No one is liable for an omission unless:**

- (a) that person fails to perform a duty imposed by this Act, or
- (b) the omission is itself defined as an offence by this Act.

### Causation

- 5. (1) A person causes a result when that person's acts or omissions significantly contribute to the result.**
- (2) A person may significantly contribute to a result even though that person's acts or omissions are not the sole cause or the main cause of the result.**
- (3) No one causes a result if an independent, intervening cause so overwhelms that person's acts or omissions as to render those acts or omissions as merely part of the history or setting for another independent, intervening cause to take effect.**

### Conscious involuntary conduct

- 6. (1) No one is liable for prohibited conduct which, although conscious, is involuntary.**
- (2) Prohibited conduct is involuntary if it was not within one's ability physically to control. Without limiting the generality of the foregoing, this includes:**
- (a) a spasm, twitch or reflex action,
  - (b) an act or movement physically caused by an external force, and

- (c) an omission or failure to act as legally required due to physical impossibility.
- (3) This section does not apply to conscious involuntary conduct due to provocation, rage, loss of temper, mental disorder, voluntary intoxication or automatism.
- (4) If the involuntary prohibited conduct occurred because of a person's prior, voluntary blameworthy conduct, then that person may be held liable for that prior blameworthy conduct.

### Automatism

- 7. (1) No one shall be convicted of an offence where the prohibited conduct occurred while that person was in a state of automatism.
- (2) For the purposes of this section, automatism means unconscious, involuntary behaviour whereby a person, though capable of action, is not conscious of what he or she is doing, and includes unconscious, involuntary behaviour of a transient nature caused by external factors such as:
  - (a) a physical blow,
  - (b) a psychological blow from an extraordinary external event which might reasonably be expected to cause a dissociative state in an average, normal person,
  - (c) inhalation of toxic fumes, accidental poisoning or involuntary intoxication,
  - (d) sleepwalking,
  - (e) a stroke,
  - (f) hypoglycaemia,
  - (g) a flu or virus, and
  - (h) other similar factors.



**(3) Subsection (1) does not apply to automatism which is caused by:**

- (a) mental disorder,**
- (b) voluntary intoxication, or**
- (c) fault as defined in subsection (5).**

**(4) For the purposes of this section, automatism is caused by mental disorder when the unconscious, involuntary behaviour arises primarily from an internal, subjective condition or weakness in the accused's own psychological, emotional or organic make-up, including dissociative states caused by the ordinary stresses and disappointments of life.**

**(5) Notwithstanding subsection (1), automatism is not a defence:**

- (a) to an intentional offence if a person voluntarily induces automatism with the intention of causing the prohibited conduct of that offence,**
- (b) to a knowledge offence if a person voluntarily induces automatism knowing that it is virtually certain that he or she will commit the prohibited conduct of that offence while in that state of automatism, or**
- (c) to a reckless offence if a person voluntarily induces automatism notwithstanding the fact that the person is aware of a risk that he or she will commit the prohibited conduct of that offence while in that state of automatism, and it is highly unreasonable to take that risk.**

## B. Discussion

### 1. Principle of legality

The Task Force endorses the Law Reform Commission's recommendation that the new *Criminal Code* contain a provision to the effect that no one is criminally liable for conduct that, at the time of its occurrence, was not an offence under the new *Criminal Code* or under any other Act of the Parliament of Canada.

As the Law Reform Commission rightly observes, conviction and punishment in such a case would be unjust because no punishment is deserved, self-contradictory because it stigmatizes as wrongdoers those who clearly are not, and pointless because no one can be deterred from doing what is not as yet against the law.

### 2. Criminal liability

While clause 2 may not, strictly speaking, be necessary because each of the three essential ingredients of criminal liability are dealt with in other sections of the *Criminal Code*, it serves two useful functions:

1. it clearly informs persons of the three essential ingredients of criminal liability, and
2. by stating that the prohibited conduct must be engaged in *with* the required mental state, it recognizes the requirement for the principle of contemporaneity, that the physical act and the blameworthy state of mind occur simultaneously.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Stuart, *supra*, note 2 at 305-309.



### 3. Prohibited conduct

This provision serves to define "prohibited conduct", a term which arises frequently throughout the new *Criminal Code*, as "an act, omission or state of affairs committed or occurring in specified circumstances or with specified consequences." More importantly, it:

1. recognizes that the physical element of an offence can consist of an act, an omission or a state of affairs,
2. includes the concept of a "state of affairs" to avoid the difficult act/omission classification problem which would otherwise exist for offences such as possession of property obtained by crime (s. 354), found loitering in or near a school ground (s. 179(1)(b)) and care or control of a motor vehicle while impaired (s. 253(a)), and
3. recognizes that criminal offences can be described as those which require proof of:
  - a. specified circumstances, such as possession of property obtained by crime, which requires proof that the property possessed by the accused was stolen, or
  - b. specified consequences, such as murder (s. 229(a)), which requires that the accused caused the death of another human being.

### 4. Omissions

This clause adheres to the common law position that there is no liability for omissions unless specifically imposed by law.

Subsection (a) creates liability for causing a criminal harm by omitting to perform a legal duty, such as providing necessities of life to one's dependent children (s. 215(1)(a)). It is narrower than the existing law, as it requires that the legal duties which can result in criminal liability must be specifically set out in the new *Criminal Code*. Current law appears to allow for criminal liability for breach of any legal duty whether specified at

Several reasons favour this formulation. First, it is more easily understood than the wording adopted by the Supreme Court of Canada in *Smithers*. Second, it sets the threshold close to, but arguably slightly higher than, the present threshold. Third, it common law or in any federal or provincial statute.<sup>14</sup> The rationale for this change is the principle that the new *Criminal Code* should be comprehensive. Citizens should not only know what acts are criminal but also what omissions are criminal. Such information on omissions should be available by reference to the *Criminal Code*, without having to search through thousands of other statutory provisions or Court decisions.

Subsection (b) covers a host of *Criminal Code* offences which define the prohibited conduct in terms of failing to do something, such as in the case of failure to stop at the scene of an accident (s. 252(1)). This draft is narrower than that proposed by the Law Reform Commission in Report 31; s. 2(3)(b)(i) would extend criminal liability to omissions defined as a crime "by some other Act of the Parliament of Canada". The Task Force believes that the rule for acts and omissions should be the same. If the act or omission is serious enough to attract criminal liability, it ought to be included in the *Criminal Code* itself.

## 5. Causation

Many offences require proof that the accused *caused* a consequence. For example, in a charge of criminal negligence the Crown must prove that the accused either caused the death of another person (s. 220) or caused bodily harm to another person (s. 221).

In most "consequence" cases, the facts make it clear that the accused "caused" the consequence. But in a few cases, the accused's conduct may not be the sole or even the main cause, or there may have been an intervening cause. At what point should the accused be attached with criminal liability?

---

<sup>14</sup> See *R. v. Coyne* (1958) 124 CCC 176 (NBCA) and *R. v. Popen* (1981) 60 CCC (3d) 232 (Ont CA).



### a. The threshold

The present Canadian law is set out by the Supreme Court of Canada in *Smithers v. The Queen*,<sup>15</sup> where the accused was charged with manslaughter. He and the victim had been ejected from a hockey game for fighting, and the accused was intent on continuing the fight outside. The victim was apparently extremely nervous about the challenge. The accused rushed at the victim and kicked him in the abdomen. The victim died several minutes later, from asphyxia resulting from aspiration of his own vomit due to the malfunction of his epiglottis, probably caused by the kick but which could also have been caused by panic or fear.

The Court upheld the manslaughter conviction, finding that:

there was a very substantial body of evidence, both expert and lay, before the jury indicating that the kick was at least a contributing cause of death, outside the *de minimis* range, and that is all that the Crown was required to establish.<sup>16</sup>

In Report 31, the Law Reform Commission recommended that an accused "cause" a result only where the accused's conduct "substantially contributes to its occurrence".<sup>17</sup> The Federal-Provincial Working Group on Homicide recommended that criminal liability attach where the accused's conduct "significantly contributes to death."<sup>18</sup>

The Task Force is recommending that the new *Criminal Code* contain a provision to the effect that a person causes a result when that person's acts or omissions significantly contribute to the result.

---

<sup>15</sup> (1977) 34 CCC (2d) 427.

<sup>16</sup> *Ibid.*, at 435.

<sup>17</sup> *Supra*, note 6, Section 2(6) at 27.

<sup>18</sup> *Final Report of the Federal-Provincial Working Group on Homicide* (June 1990, updated April, 1991) Recommendation 1 at 14.

Several reasons favour this formulation. First, it is more easily understood than the wording adopted by the Supreme Court of Canada in *Smithers*. Second, it sets the threshold close to, but arguably slightly higher than, the present threshold. Third, it establishes a fair test for when criminal liability should attach. In the Task Force's view, a person whose conduct "significantly contributes" to a result should be liable for that result; the Crown ought not to be required to prove that the accused's conduct "substantially contributed" to the result.

#### **b. Sole or main cause**

This clause reflects the present law, as stated in *Smithers*, and is consistent with the view expressed in *R. v. Kitching and Adams*<sup>19</sup> that:

the conduct of a defendant in a criminal trial need not be shown to be the sole or 'effective' cause of a crime. . . . [T]here may be two or more independent operative causes of death.

#### **c. Independent intervening cause**

An example of independent intervening cause occurs in the following scenario. The accused assaults the victim, but the injuries are not life-threatening. The victim is taken to the hospital and while there receives incompetent medical treatment, causing death. Under this provision, the accused would not be criminally liable for the death, because the independent, intervening medical treatment rendered the accused's conduct an insignificant cause of the death.<sup>20</sup>

The Task Force prefers this wording to that proposed by the Law Reform Commission ("no other unforeseen and unforeseeable cause supersedes it")<sup>21</sup> because it is not clear what "supersedes" means. If it means that the new cause becomes an independent, intervening cause, then it parallels the Task Force's wording. But it might be interpreted to mean that the new cause is only "another" cause, and would have the effect of excluding criminal liability in circumstances where the Task Force would attach liability, that is, where the accused's conduct is not the sole or main cause.

---

<sup>19</sup> [1976] 6 WWR 697 (Man CA).

<sup>20</sup> See *R. v. Smith* [1959] 2 All E. R. 193 (Ct. Martial App. Ct.).

<sup>21</sup> Report 31, *supra*, note 6, section 2(6) at 27.



#### d. Thin skulls

In *Smithers*, the Supreme Court of Canada endorsed the "thin-skull" rule of causation, stating: "It is a well-recognized principle that one who assaults another must take his victim as he finds him."<sup>22</sup>

The Task Force does not agree with that proposition, because it has the effect of imposing criminal liability for objective, rather than subjective, fault. If the accused does not know of the victim's "thin skull", and is not reckless as to its existence, no criminal liability should attach.

#### 6. Conscious involuntary conduct

Subsection (1) reflects a fundamental component of our criminal justice system, that conduct must be voluntary before it can be culpable. Our society believes that human beings have the capacity to reason between right and wrong and to choose between right and wrong. If a person knows right from wrong, yet *chooses* to do wrong, then society is morally justified in holding that person responsible for that wrong. Conversely, it is morally repugnant to hold a person criminally responsible for conduct if that person does not have the capacity to reason or choose right from wrong.

In *R. v. Leary*, Mr. Justice Dickson stated:

A person is accountable for what he wills. When, in the exercise of the power of free choice, a member of society chooses to engage in harmful or otherwise undesirable conduct proscribed by the criminal law, he must accept the sanctions which that law has provided for the purpose of discouraging such conduct. Justice demands no less. But, to be criminal, the wrongdoing must have been consciously committed.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> *Supra*, note 15 at 437.

<sup>23</sup> (1978) 33 CCC (2d) 473 (SCC) at 486.

Involuntary conduct can be conscious or unconscious. Medicine and law normally refer to unconscious involuntary conduct as automatism. The issues arising with each are complex, and the Task Force believes that dealing with them in separate sections in the new *Criminal Code* would facilitate drafting and comprehension.

Subsection (2) is restricted to physical involuntariness. Cases of moral involuntariness, such as where an accused commits an offence voluntarily but in necessitous circumstances or while under duress, are dealt with in other sections of the new *Criminal Code*.

With respect to subsection (2)(a), the common law already recognizes that spasms, twitches<sup>24</sup> and reflex actions<sup>25</sup> are involuntary acts, and ought not to be culpable.

Subsection (2)(b) is broad enough to cover:

- accidental movement, such as where an accused trips, falls or bumps into another person, or accidentally discharges a firearm;<sup>26</sup>
- unexpected mechanical failure of a car;<sup>27</sup> and
- physical compulsion, such as where A takes B's hand which is holding a knife and physically thrusts it into C.<sup>28</sup>

Subsection (2)(c) recognizes the defence of physical impossibility to perform a legal duty.

Subsection (3) would not excuse from liability, at least on the basis of voluntariness, an accused who committed an offence while provoked, in a rage, through loss of temper or because of mental disorder, voluntary intoxication or automatism. To

---

<sup>24</sup> See *Hill v. Baxter* [1958] 1 Q.B. 277 (Div Ct).

<sup>25</sup> See *R. v. Wolfe* (1975) 20 CCC (2d) 382 (Ont CA).

<sup>26</sup> See *R. v. Kolbe* [1974] 4 WWR 579 at 606 (Alta CA), and *R. v. Tennant and Naccarato* (1975) 23 CCC (2d) 80 at 96 (Ont CA).

<sup>27</sup> See *R. v. Spurge* [1961] 2 All ER 688 at 691 (CA).

<sup>28</sup> See *O'Sullivan v. Fisher* [1954] S. Australia State Reports 33 (SC).



some extent the law requires us to control our emotions, or in some cases expose ourselves to criminal liability if we allow these emotions to control us. While such factors would not negate voluntariness, they may give rise to other defences or, at the very least, be relevant considerations in sentencing.

Subsection (4) affirms that a person can be held responsible for prior, *voluntary*, blameworthy conduct which results in subsequent involuntary prohibited conduct. This is fair, if it can be shown that the voluntary conduct caused the involuntary conduct, and that the person knew that, or was reckless whether, the voluntary conduct would cause the involuntary but prohibited conduct.

## 7. Automatism

This draft codifies the present law as stated in *Rabey v. The Queen*,<sup>29</sup> in several respects. First, it adopts the Supreme Court's definition of automatism. Second, it distinguishes between insanity and automatism. Third, it excludes from automatism unconscious behaviour which is induced by insanity or voluntary intoxication.

The draft is new to the extent that it clarifies the situations in which automatism induced by the accused's own fault is a bar to its use as a defence.

Subsection (2) defines automatism as requiring that the prohibited conduct be both unconscious and involuntary. This serves to emphasize that lack of volition is the rationale for the defence, and eliminates the possibility of relying on the defence of automatism in cases where consciousness was impaired but the conduct was voluntary.

The draft lists seven examples of unconscious involuntary conduct from an external cause which meet the test. Subsection (2)(h) ("other similar factors"), leaves room for the courts to add to this list on a case by case basis.

---

<sup>29</sup> (1980) 54 CCC (2d) 1 (SCC).

"Psychological blow" automatism in subsection (2)(b) follows *Rabey* in adopting an objective standard. The Task Force favours this approach as being consistent with automatism applying only to externally-caused behaviour. If a psychological blow would not cause an average, normal person in circumstances similar to the accused's to go into a state of dissociation, then that fact suggests that there is some internal, subjective weakness in this particular accused's make-up.

Having said that, the Task Force considers that the Law Reform Commission has made the defence too restrictive, in making all factors, both physical and psychological, subject to an objective test.<sup>30</sup> Its proposal would have the effect of ruling out automatism for a thin-skulled accused, a diabetic accused or an accused with an unexpected metabolic reaction.

Subsection (3) codifies the present law to the effect that:

- when unconscious, involuntary behaviour is caused by insanity, the defence of insanity applies and the defence of automatism does not;<sup>31</sup> and
- when unconscious, involuntary behaviour is caused by voluntary intoxication, the defence of intoxication applies and the defence of automatism does not.<sup>32</sup>

Subsection (4), in distinguishing between automatism caused by insanity and automatism caused otherwise, adopts the test laid down by Mr. Justice Martin in *R. v. Rabey*,<sup>33</sup> and subsequently approved by a majority of the Supreme Court of Canada in that same case.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> See Working Paper 29 - *The General Part: Liability and Defences* (Ottawa: Supply and Services Canada, 1982), s. 7: "Every one is excused from criminal liability for unconscious conduct due to temporary and unforeseeable disturbance of the mind resulting from external factors sufficient to affect an ordinary person similarly."

<sup>31</sup> See *Revelle v. The Queen* (1981) 21 CR (3d) 161 at 166 (SCC).

<sup>32</sup> See *Revelle, ibid.*, and *R. v. Hartridge* (1966) 48 CR 389 (Sask CA).

<sup>33</sup> (1977) 37 CCC (2d) 461 at 477-478 and 482-483 (Ont CA).

<sup>34</sup> *Supra*, note 29.



Subsection (5) excludes the defence of automatism in cases where the state of automatism arose through the accused's own fault. As Mr. Justice Martin said in *Rabey*:

[A]utomatism not resulting from disease of the mind leads to an absolute acquittal, unless induced by voluntary intoxication due to the consumption of alcohol or drugs or unless foreseeability or foresight with respect to its occurrence supplies the necessary element of fault, or *mens rea*, where negligence or recklessness constitutes a basis for liability.<sup>35</sup>

This draft deals with automatism induced by fault on the basis of the general principles governing *mens rea* or fault. An accused who is in a state of automatism is not liable for a particular crime unless the requisite fault element for that crime exists. Conversely, an accused is liable for a crime if, just prior to inducing the state of automatism, he or she had the requisite fault required for that crime.

Thus, A is guilty of assaulting B if A induced a state of automatism with the intention of assaulting B while in that state. The fact that the actual blow occurred while A was in an altered state of consciousness should not relieve A from liability for intentionally setting this chain of action in course.

However, if A was reckless or negligent in becoming automatic and committing an assault while in that state, that would not be a sufficient *mens rea* or fault to convict A of assault, which requires proof of the intentional application of force to another. A could, however, be liable for an offence such as criminal negligence causing bodily harm, if it is proved that A was aware of a risk that he or she would commit the prohibited conduct of that offence while in that state of automatism, and it was highly unreasonable to take that risk.

---

<sup>35</sup> *Supra*, note 33 at 472.

## V. THE MENTAL ELEMENT

### A. The Task Force's recommendation

The Task Force recommends that the new *Criminal Code* contain provisions to the following effect:

#### Mental elements of an offence

8. (1) For the purposes of criminal liability, the mental elements of an offence are:

- (a) intent,
- (b) knowledge, and
- (c) recklessness.

#### Intent

- (2) A person acts intentionally with respect to prohibited conduct when the person wants it to exist or occur.

#### Knowledge

- (3) A person acts knowingly with respect to prohibited conduct when the person is virtually certain that it exists or will occur.

#### Recklessness

- (4) A person acts recklessly with respect to prohibited conduct when, in the circumstances actually known to the person:

- (a) the person is aware of a risk that his or her act or omission will result in the prohibited conduct, and
- (b) it is highly unreasonable to take the risk.



**Prescribed state of mind applies to all aspects of prohibited conduct**

- (5) When the law defining an offence prescribes the state of mind required for the commission of an offence, without distinguishing among aspects of the prohibited conduct, that state of mind shall apply to all aspects of the prohibited conduct of the offence, unless a contrary intent plainly appears.

**Residual rule**

- (6) Where the definition of a crime does not explicitly specify the requisite state of mind, it shall be interpreted as requiring proof of intent.
- (7) Where the definition of a crime requires knowledge, a person may be liable if the person acts or omits to act intentionally or knowingly as to one or more aspects of the prohibited conduct in that definition.

**Greater culpability requirement satisfies lesser**

- (8) Where the definition of a crime requires recklessness, a person may be liable if the person acts, or omits to act, intentionally or knowingly as to one or more aspects of the prohibited conduct in that definition.

## B. Subjective fault

Earlier in this report the Task Force stated as one of its guiding principles that there should be no criminal liability without subjective fault.

Thus, it is crucial that the General Part of the new *Criminal Code* articulate clearly what states of mind must be proved, before criminal liability attaches.

In approaching this difficult task, the words of one scholar are apposite:

More ink has been spilled over the guilty mind concept than any other substantive criminal law topic. Writers and judges speak of the fundamental "*mens rea*", "blameworthy state of mind", "culpability", "responsibility" or "fault" requirement. They resort to a bewildering variety of terminology and to semantic acrobatics. The subject brings a glint to the eyes of some scholars but a glaze to those of many others and of most judges. There can be few subjects where the basic principles are the subject of such dispute.<sup>36</sup>

## C. Circumstances and consequences

Before discussing the mental element "paradigms" which have been developed by academics and law reform bodies, it would be helpful to elaborate on what was said about the "physical element" of offences in the preceding section of this report.

All crimes can be characterized as requiring proof of two or three constituent physical elements:

- *conduct*: the initiating act or muscular contraction which results in the prohibited conduct, such as squeezing the trigger of the pistol;
- *circumstances*: some offences require proof that certain circumstances exist. In possession of property obtained by crime, the Crown must prove the circumstance that the property possessed by the accused was stolen;
- *consequences*: some offences require proof that certain consequences occur. In murder, the Crown must prove that the consequence of the accused's wrongful act was the death of another human being.

---

<sup>36</sup> Stuart, *supra*, note 2 at 117.



In theory, each criminal offence should specify what mental element or degree of fault must be proved for each of these three physical elements. That is the approach adopted by the Law Reform Commission in Report 31.<sup>37</sup> Australia, on the other hand, lumps everything into "circumstances", which is used as an all-inclusive term for acts, consequences and circumstances.

In England and New Zealand two categories are adopted: circumstances and consequences. This last approach is favoured by our Task Force, for several reasons. First, including "conduct" could give rise to complications, not the least of which is the probability that it would be understood by many as covering all elements of the *actus reus* and thus undermine the very purpose of having this provision. Second, conduct by itself does not attract criminal liability. It is prohibited only because it is done in specified circumstances, causes specified consequences, or both. As Glanville Williams observes:

Writers have often pointed out that there is generally no harm in a man's crooking his right forefinger, unless it is (for example) around the trigger of a loaded gun which is pointing at someone. The muscular contraction, regarded as an *actus reus*, cannot be separated from its circumstances.<sup>38</sup>

For these reasons the Task Force earlier recommended that "prohibited conduct" be defined as an act, omission or state of affairs committed or occurring in specified circumstances or with specified consequences.

#### D. The fault element

When one refers to the mental element in crime, one is really talking about a spectrum of mental states. At one end, the accused desires a consequence to occur, or commits the prohibited act for the purpose of achieving the consequence. At the other end of the spectrum, the accused may act without advertent to the risk that the consequence might occur. In between are gradations of culpability: certainty, probability and possibility. This "fault spectrum" is set out in Table 1.

---

<sup>37</sup> *Supra*, note 6 at 21-23.

<sup>38</sup> G. Williams, *Criminal Law: The General Part*, 2d ed. (London: Stevens & Sons, 1961) at 19.

TABLE 1: THE FAULT SPECTRUM

Mental State	Circumstances	Consequences
Desire		I want the consequences to occur
Certainty	I know that the circumstance exists	I know that the consequence will occur
Probability	I realize that the circumstance probably exists	I realize that the consequence will probably occur
Possibility	I realize that the circumstance possibly exists	I realize that the consequence will possibly occur
Inadvertence	It is a marked departure from the ordinary standard of reasonable care to engage in such conduct, to take the risk that such circumstances exist	It is a marked departure from the ordinary standard of reasonable care to engage in such conduct, to take the risk that such consequences will result



Since the Task Force has adopted as a guiding principle that there should be no criminal liability without subjective fault, mere inadvertence ought not to render an accused liable, because it punishes in circumstances where the accused did not advert to the risk, but should have (applying the "reasonable person" test). Hence, liability attaches because of what the accused ought to have known, rather than what he or she actually did know, and that introduces an objective test for culpability which, in the view of the Task Force, has no place in the criminal law.

At the other end of the spectrum, all would agree that the greater the degree of subjective fault, the greater should be the criminal sanction. Thus, a person who detonates a bomb in a building desiring to kill the person known to be inside, is more deserving of sanction than a person who detonates a bomb, not being sure whether there is anyone inside.

Because the criminal law needs the capacity to rank the seriousness of offences not just in terms of the damage caused, but also taking into consideration the mental culpability of the accused, we need to develop a system for categorizing offences which will distinguish between clearly identifiable levels of culpability, accommodate offences which require proof of circumstances or consequences, or both, and which limits criminal liability to instances of subjective fault.

In most cases, a higher degree of culpability will attach to a higher mental element. Thus, an accused who desires to kill all the passengers on an airplane by blowing it up will be more culpable than one who is reckless as to the deaths, wanting only to destroy the plane. But in some cases the accused's recklessness or indifference to the plight of the passengers might well disclose a culpability equal to that of a bomber who knows that there will be deaths, or desires them. Therefore, the new *Criminal Code* ought to articulate clearly the mental states which will attract liability, but ought to give Parliament some latitude to decide whether one mental state is more culpable than another.

In seeking to articulate the various levels of culpability, law reform bodies have adopted a perplexing array of formulae. These are set out in Table 2.

TABLE 2: LEVELS OF CULPABILITY - COMPARATIVE USE OF TERMS

Canada	USA	England	Australia	New Zealand
Purpose	Purposely	Intentionally	Intentionally	Intention/ knowledge
Recklessness	Knowingly	Knowingly	Knowingly	Recklessness
Negligence	Recklessly Negligently	Recklessly	Recklessly Negligently	Heedlessness Negligence



One must approach these models cautiously, because the meaning ascribed to similar language may vary significantly among jurisdictions. For example, England and Australia use "intentionally" to cover the same levels of culpability as the Law Reform Commission of Canada encompasses with "purpose" (desire and certainty). The U.S. *Model Penal Code*, on the other hand, restricts "purpose" to desire. Similarly, there is no consistency in the use of "knowingly" and "recklessly". The way in which each jurisdiction's levels of culpability cover the "fault spectrum" is set out schematically in Table 3.

In drafting a new *Criminal Code*, one of the most challenging tasks is to develop a paradigm which will clearly, simply, comprehensively and accurately reflect our society's views respecting levels of culpability and subjective fault.

TABLE 3: COMPARISON OF APPROACHES TO FAULT AND LEVELS OF CULPABILITY

Mental State	Law Reform Commission of Canada	US Model Penal Code	England	Australia	New Zealand	CBA Task Force
Desire	Purpose	Purposely	Intentionally	Intentionally	Intention/ Knowledge	Intent
Certainty		Knowingly				Knowledge
Probability	Recklessness	Recklessly	Knowingly	Knowingly	Recklessness	Recklessness
Possibility			Recklessly	Recklessly	Heedlessness	
Inadvertence	Negligence	Negligently		Negligently	Negligence	



## E. Discussion

### 1. Intent

The Task Force is recommending that the new *Criminal Code* provide that "a person acts intentionally with respect to prohibited conduct when the person wants it to exist or occur."

Intention is a difficult term to define, because it can mean a number of different things. In the present *Criminal Code*, it is sometimes used in the narrow sense of desiring a consequence. For example, section 265 defines assault as applying force intentionally to another person without their consent. Section 279 provides that everyone who kidnaps a person with intent to cause him to be confined or imprisoned against his will is guilty of an offence.

At the other extreme, J. C. Smith maintains<sup>39</sup> that "intention" can encompass the full range of *mens rea*: a consequence is desired, foreseen as certain to result, foreseen as a probable result of one's act or foreseen as a possible consequence of one's act.

The Law Reform Commission was of the view that "intention" gave rise to so many problems that it eliminated the concept from its proposed draft *Criminal Code*. It recommended that "purpose" be adopted, covering both direct intent situations where the accused desires the consequence to occur, and indirect or oblique intent, where the accused is virtually certain that the circumstance exists or the consequence will occur.

The Task Force debated at length the merits of the different formulations. It ultimately concluded that a separate level of culpability ought to be attached to the highest degree of fault (desire), and that it ought to be described as "intent", for the following reasons. First, intent is a term which is well-understood by judges and lawyers, and has deep roots in our common law. Second, it is important to distinguish between intent and motive, since the Crown must prove the first but not the second; using a term such as "purpose" may be understood by some as approximating motive, and may have the effect of slowly eroding that important distinction.

---

<sup>39</sup> "Intention in Criminal Law," (1974) *Current Legal Problems* 93 at 108.

Third, it is preferable to restrict the highest level of culpability to its natural meaning - direct intent - and to deal with indirect intent through the concept of knowledge.

This approach will permit Parliament more flexibility in creating offences which address specific states of mind. For example, it could enact that the purposeful killing of another human being is first degree murder, and applying unlawful force to another, being virtually certain that death will ensue, is second degree murder.

## 2. Knowledge

The Task Force is recommending that the new *Criminal Code* provide that "a person acts knowingly with respect to prohibited conduct when the person is virtually certain that it exists or will occur."

A person can have knowledge of a consequence, in the sense of being virtually certain that it will occur, whether or not he or she desires it. Thus, if someone's object is to hit a person with a brick, but he knows that he can achieve it only by breaking the window behind which the person is standing, then he "knows" he will break the window in the process of hitting the person, even though he does not "want" to break the window.

Similarly, a person can have knowledge as to the circumstances of an offence, in the sense of knowing the surrounding facts. Thus, a person in possession of narcotics is liable if he or she has knowledge that the substance is a narcotic.

Knowledge may be established by proof of actual knowledge, where there is compelling evidence that the accused clearly knew that the property was stolen or that the white powder was cocaine. Liability may also attach where the Crown can prove that the accused was wilfully blind to a circumstance. A person who is offered a \$1,000 video camera by a stranger at a pub for \$100 may well "know" that the property is stolen if the person has become aware of the need for some inquiry,



but declines to make the inquiry because he or she does not wish to know the truth.<sup>40</sup>

The Law Reform Commission of Canada recommended against including a separate level of liability for "knowledge".<sup>41</sup> To the contrary, "knowledge" is specified as a separate fault element in the General Parts of the U.S. *Model Penal Code* (s. 2.02(2)(b)), the English Law Commission's *Draft Code* (s. 18(a)) and the Australian *Crimes Act* (s. 3F(1)(a)).

The Task Force recommends that knowledge be recognized in the new *Criminal Code* as a distinct level of culpability, for several reasons. It parallels the approach taken in the United States, England and Australia. Second, it is particularly appropriate for a number of offences in the *Code*, such as possession of stolen property, which are prohibited because of the offender's knowledge of the facts or circumstances surrounding the act. Third, it would clearly place the doctrine of wilful blindness within the notion of knowledge rather than recklessness, which is consistent with the Supreme Court of Canada's analysis in *Sansregret*. In the Task Force's view, wilful blindness is a rational and justifiable exception to the subjectivity principle which in other respects ought to pervade the new *Criminal Code*.

### 3. Recklessness

The Task Force is recommending that the new *Criminal Code* provide that:

A person acts recklessly with respect to prohibited conduct when, in the circumstances actually known to the person:

- (a) the person is aware of a risk that his or her act or omission will result in the prohibited conduct, and
- (b) it is highly unreasonable to take the risk.

Recklessness is a relatively new concept in criminal law; it is only in the 1970s that the Supreme Court of Canada and the

---

<sup>40</sup> *Sansregret v. The Queen* (1985) 45 CR (3d) 193 at 207 (SCC).

<sup>41</sup> *Supra*, note 30 at 25-26.

House of Lords recognized the extension of *mens rea* to include recklessness.<sup>42</sup>

Recklessness imposes liability for a thought process that is less than desiring a consequence, and less than virtual certainty that a circumstance exists or that a consequence will occur. At the same time, it requires proof that the accused adverted to or was aware of the risk that his or her act might probably or possibly result in the prohibited conduct.

In deciding on a formulation for recklessness, two models need to be considered: the subjective approach and the subjective/objective approach. Both are reflected in the Law Reform Commission's two alternative drafts in Report 31.<sup>43</sup>

The *subjective approach* (as proposed by the Law Reform Commission) states that a person is reckless if, in acting, the person is conscious that the circumstances will probably obtain or the consequences will probably occur. So, for example, a person would be liable for "reckless homicide" for shooting a rifle into a crowded living room, killing one of the guests, if the Crown could prove that the person was conscious that death would probably occur.

If liability were extended to encompass acts when the accused was conscious that the consequences would possibly exist, then the accused would be liable for shooting into a living room with only one person in it, if it was established that the accused was conscious of the risk that the shot might possibly kill that one person.

The *subjective/objective approach*, on the other hand, places the emphasis on the conscious assumption of an unjustified risk. Glanville Williams describes it thus:

Recklessness is a branch of the law of negligence; it is that kind of negligence where there is foresight of consequences. The concept is therefore a double-barrelled one, being in part subjective and in part objective. It is subjective in that one must look into the mind of the accused in order to determine

---

<sup>42</sup> *R. v. Sault Ste. Marie*, *supra*, note 10, and *DPP v. Morgan* [1976] AC 182 (HL).

<sup>43</sup> *Supra*, note 6 at 24.



whether he foresaw the consequence. If the answer is in the affirmative, that is the end of the subjective part of the inquiry and the beginning of the objective part. One must ask whether in the circumstances a reasonable man having such foresight would have proceeded with his conduct notwithstanding the risk. Only if this second question, too, is answered in the affirmative is there subjective recklessness for legal purposes.<sup>44</sup>

The Task Force is in favour of the subjective/objective approach, for several reasons. First, it parallels the approach taken by the Americans, English, Australians and New Zealanders. Second, it is more flexible than the purely subjective approach, in that it permits a balancing of the relative risk and the social utility of the act. Take, for example, a doctor who performs surgery on a patient where there is a one in six chance that the patient will die from the operation. Using the Task Force's formulation, the doctor is aware of the risk that the procedure will result in the prohibited act (death), but it may not be highly unreasonable to take the risk, having regard to such factors as patient consent and the likelihood of death without the operation.

On the other hand, a person who plays Russian roulette with a friend's head is equally aware of the one in six risk that the act will result in the friend's death, and it is highly unreasonable to take the risk, because there is no social utility to the act.

The Task Force endorses the reasons advanced by Professor Stuart for the double-barrelled approach:

It provides sufficient flexibility for policy considerations that would have no place if the inquiry were to remain purely one of subjective foresight. It also obviates the arbitrary choice of uncertainty, probability, likelihood or possibility as the standard of foresight required. Once the accused subjectively foresaw a consequence or circumstance, the degree of foresight involved is merely one of the factors to consider at the second stage of the test in deciding, objectively, whether the risk assumed or created was justified.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> *Criminal Law*, *supra*, note 38 at 58.

<sup>45</sup> Stuart, *supra*, note 2 at 140.

Under the Task Force's formulation, once the Crown has proved beyond a reasonable doubt that the accused was aware subjectively of the risk, then the objective element arises, under subsection (4)(b). Given the Task Force's view that negligence should not be codified, most members felt that it was appropriate to have the conscious risk-taking in recklessness measured against the objective standard of the reasonable person. By adopting the test of "highly unreasonable" instead of "substantial and unjustifiable risk" (U.S. *Model Penal Code*), the Task Force's formulation emphasizes the difference between recklessness and negligence.

#### 4. Negligence

The debate continues as to whether criminal liability should attach for inadvertent negligence, when an accused did not subjectively realize that his or her act might result in the prohibited conduct, but should have.

The Law Reform Commission has recommended that the new *Criminal Code* include a "negligence" level of culpability, as follows:

##### Section 2(4)(b)

"Negligently." A person is negligent as to conduct, circumstances or consequences if it is a marked departure from the ordinary standard of reasonable care to engage in such conduct, to take the risk (conscious or otherwise) that such consequences will result, or to take the risk (conscious or otherwise) that such circumstances obtain.

This "marked departure" test is in accordance with recent decisions of the Supreme Court of Canada.<sup>46</sup> The Americans, Australians and New Zealanders have similar provisions; the English do not.

It is a fundamental policy decision whether the *criminal* law should impose liability for negligence. The arguments for and against each position have been forcefully advanced by many academics, and need not be repeated.

---

<sup>46</sup> *R. v. Waite* (1989) 48 CCC (3d) 1, *R. v. Tutton* (1989) 48 CCC (3d) 129 and *R. v. Anderson* (1990) 75 CR (3d) 50.



The Task Force believes that the criminal law ought to punish only for subjective fault, and that there is no place in our new *Criminal Code* for liability for negligence. The Task Force's formulation for recklessness, importing an objective element, is as far as the criminal law should go. Provincial and Territorial legislatures have the legislative authority, and the will, to proscribe dangerous conduct on matters within their constitutional competence. That is a more principled response to any perceived problem, as it preserves to the stigma of the criminal law misconduct grounded in subjective fault. Appropriate sanctions for negligence exist in other areas of law, such as regulatory offences, provincial offences and civil law actions. Incorporating negligence into the criminal law is not necessary in order to address these concerns.

The Task Force endorses the observations of Professor Stuart:

Arguments in favour of the objective standard in criminal law are persuasive but not overwhelming. They are not strong enough to proceed in a cavalier fashion. If we convict someone who was simply not thinking or who was not thinking properly, we must be honest about what we are doing - holding him up to an external (objective) standard which he did not meet. . . . Resorting to the objective standard may constitute an unconsidered pandering to those who maintain without evidence that an extension of the criminal law is needed for reasons of law and order. The commission of many common crimes such as assault, theft and burglary clearly result from conscious thought, even though momentary. Here the subjective awareness approach is well-established, workable and the most appropriate barometer of fault. Its main advantage is that it obligates the judging of the individual on *all* his own strengths and weaknesses. . . . Any wholesale resort to [an objective approach] could constitute a tool of repression against the less fortunate.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> Stuart, *supra*, note 2 at 195.

## **5. Prescribed state of mind applies to all aspects of prohibited conduct**

Subsection (5) of the Task Force's recommendation is intended to remove any doubt as to the fault element required in cases where the offence prescribes the state of mind required for the commission of the offence, without distinguishing among aspects of the prohibited conduct.

In such cases, the prescribed state of mind (intent, knowledge or recklessness) applies to all aspects of the prohibited conduct of the offence, unless a contrary intent plainly appears.

## **6. Residual rule**

Subsection (6) of the Task Force's recommendation states that when the definition of a crime does not explicitly specify the requisite state of mind, it shall be interpreted as requiring proof of intent. This parallels the Law Reform Commission of Canada's recommendation,<sup>48</sup> which requires proof of purpose.

Similarly, subsection (7) provides that where the definition of a crime requires knowledge, a person may be liable if the person acts or omits to act intentionally or knowingly.

If Parliament wishes to create an offence of recklessness, then its attention should specifically be directed to that issue by having to insert "recklessness" in the definition of the offence. If "recklessness" were the residual rule, many more offences could be established by proof of recklessness than should be the case.

## **7. Greater culpability requirement satisfies lesser**

Subsection (8) of the Task Force's recommendation is substantially the same as the Law Reform Commission's recommendation in clause 2(4)(c).

The Task Force agrees with the Law Reform Commission's comment, that this provision simply prevents the avoidance of liability by the accused having a higher level of culpability than that charged. For example, a person charged with reckless killing ought not escape conviction because he or she killed on purpose.

---

<sup>48</sup> See Report 31, *supra*, note 6, section 2(4)(d).



## **VI. MISTAKE OF FACT**

### **A. The Task Force's recommendation**

The Task Force recommends that the new *Criminal Code* contain provisions to the following effect:

#### **Mistaken belief in facts**

- 9. No person is liable for an offence committed through lack of knowledge which is due to mistake or ignorance as to the relevant circumstances; but where on the facts as the person believed them he or she would have committed an included offence, the person shall be liable for committing that included offence.**

#### **Caution respecting belief**

- 10. A court or jury, in determining whether a person had a particular belief in a set of facts, shall have regard to all the evidence including, where appropriate, the presence or absence of reasonable grounds for having that belief.**

### **B. The present law**

Mistake of fact is not addressed in the General Part of the present *Criminal Code*. It is, however, part of the criminal law of Canada by virtue of section 8(3), which provides:

Every rule and principle of the common law that renders any circumstance a justification or excuse for an act or a defence to a charge continues in force and applies in respect of proceedings for an offence under this Act or any other Act of Parliament except in so far as they are altered by or are inconsistent with this Act or any other Act of Parliament.

## 1. The common law

In *Beaver v. The Queen*,<sup>49</sup> the accused was charged with possession of a narcotic. His conviction was overturned by the Supreme Court of Canada on the basis that he had an honest but mistaken belief that the substance was sugar, not a narcotic; thus he did not have the knowledge required for possession.

*Beaver* was considered the authoritative statement on mistaken belief until the decision of the Supreme Court in *Pappajohn v. The Queen*.<sup>50</sup> In *Pappajohn*, the accused was charged with rape, and argued that he believed that the complainant had consented to intercourse. Mr. Justice Dickson (dissenting on other grounds) stated:

Culpability rests upon commission of the offence with knowledge of the facts and circumstances comprising the offence. If, according to an accused's belief concerning the facts, his act is criminal, then he intended the offence and can be punished. If, on the other hand, his act would be innocent, according to facts as he believed them to be, he does not have the criminal mind and ought not to be punished for his act.<sup>51</sup>

*Pappajohn* also established that, with respect to offences requiring proof of intention or recklessness, the mistake of fact under which the accused operated need not be reasonable, so long as it was honestly held.

This is consistent with treating mistake of fact as negating the mental element. In cases of intention, belief in a mistaken fact, however unreasonable, is inconsistent with knowledge of that fact. For example, if A buys a car from B, believing that B has good title when B in fact does not, A's mistaken belief in that fact negates the mental element of theft, whether or not A's mistaken belief was reasonable.

---

<sup>49</sup> (1957) 118 CCC 129 (SCC).

<sup>50</sup> (1980) 52 CCC (2d) 481.

<sup>51</sup> *Ibid.*, at 493-494.



Similarly, in cases of recklessness, belief in a mistaken fact, however unreasonable, is inconsistent with consciously risking the existence of that fact. So, in the case of sexual assault, if A has sexual intercourse with B believing that she is consenting fully to the act when she is not, A's mistaken belief in that fact negates the mental element of the offence, whether or not his mistaken belief was reasonable.

While the English rule that a mistake of fact must in most cases be reasonable is stricter than the law in Canada, there may be little practical difference. If there are reasonable grounds for the belief, it is more likely that the trier of fact will find that the offender actually held that belief. As Mr. Justice Dickson observed in *Pappajohn*:

The jury will be concerned to consider the reasonableness of any grounds found, or asserted to be available, to support the defence of mistake. Although "reasonable grounds" is not a precondition to the availability of a plea of honest belief in consent, those grounds determine the weight to be given the defence. The reasonableness, or otherwise, of the accused's belief is only evidence for, or against, the view that the belief was actually held and the intent was, therefore, lacking.

Canadian juries, in my experience, display a high degree of common sense, and an uncanny ability to distinguish between the genuine and the specious.<sup>52</sup>

Reasonableness is, however, a prerequisite to advancing mistake of law in the case of offences which can be committed by negligence. In such cases, the focus is on conduct which is a marked departure from the standard of the reasonable person, and no mental element need be proven. Thus, mistake of fact cannot be advanced to negative *mens rea*, but it may show that the accused's mistaken belief was reasonable.

At common law, there are two situations in which mistake of law is not available. The first is where the accused is wilfully blind to a circumstance, such as that the property being purchased is stolen. An accused who is aware of the need for some inquiry, but declines to make the inquiry because he or

---

<sup>52</sup> *Ibid.*, at 499-500.

she does not wish to know the truth is deemed, by the law, to have actual knowledge; hence, no mistake of fact exists.<sup>53</sup>

The second instance in which mistake of fact is not available arises in the case of general intent offences, where the mistake of fact is occasioned by voluntary intoxication. For example, if A assaults B while A is intoxicated, thinking that B is consenting to a fight, A's mistake of fact is only a defence if he honestly believed that B was consenting to the fight and A would have held the same mistaken belief if sober.<sup>54</sup>

Finally, the common law doctrine of transferred intent applies, so that an accused who has a mistaken belief in a set of facts which justifies an acquittal on the offence charged can nevertheless be convicted of another offence if the mistaken belief proves the *mens rea* for that other offence. Intent can be "transferred" in three mistake-of-fact situations:

- *within the same offence*: if the accused was actually importing hashish (a narcotic), the Crown need only prove that the accused knew he or she was importing any narcotic;<sup>55</sup>
- *to a less serious offence*: if the accused was actually assaulting a police officer but did not realize that the victim was an officer, the accused is guilty of common assault;<sup>56</sup>
- *to a more serious offence*: an accused who actually sold LSD (a restricted drug under the *Food and Drug Act*), but honestly believed that he or she was selling mescaline (a drug governed only by the *Food and Drug Regulations*), could be convicted of the more serious crime.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> *Sansregret*, *supra*, note 40 at 208, per McIntyre, J. (SCC).

<sup>54</sup> *R. v. Moreau* (1986) 28 CCC (3d) 359 (Ont CA).

<sup>55</sup> *R. v. Blondin* (1970) 2 CCC (2d) 118 (BCCA); appeal dismissed (1971) 4 CCC (2d) 566 (SCC).

<sup>56</sup> *R. v. McLeod* (1954) 111 CCC 106 (BCCA).

<sup>57</sup> *R. v. Kundeus* (1975) 24 CCC (2d) 276 (SCC).



## 2. Statutory recognition of mistake of fact

Several *Criminal Code* provisions address the issue of mistake of fact, restricting the common law:

- *sexual assaults*: in section 150.1(4), it is not a defence to several enumerated offences "that the accused believed that the complainant was fourteen years of age or more at the time the offence is alleged to have been committed unless the accused took all reasonable steps to ascertain the age of the complainant;"
- *assault*: in section 265(4), "Where an accused alleges that he believed that the complainant consented to the conduct that is the subject-matter of the charge, a judge, if satisfied that there is sufficient evidence and that, if believed by the jury, the evidence would constitute a defence, shall instruct the jury, when reviewing all the evidence relating to the determination of the honesty of the accused's belief, to consider the presence or absence of reasonable grounds for that belief;"
- *bigamy*: in section 290(2)(a), no one commits bigamy by going through a form of marriage if that person in good faith and on reasonable grounds believes that his spouse is dead."

Several other *Criminal Code* provisions which, long before the advent of the *Charter*, denied a defence of mistake of fact, have been struck down by the Supreme Court of Canada, on the ground that they created offences of absolute liability in violation of section 7 of the *Charter*.<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> *R. v. Metro News Limited* (1986) 29 CCC (3d) 35 (Ont CA); leave to appeal refused (1986) 29 CCC (3d) 35n (SCC) (s. 163(6) - distributing obscene written material); *R. v. Nguyen* (1990) 59 CCC (3d) 161 (SCC) (s. 146(1) - having sexual intercourse with a female under the age of 14 years).

## C. Shortcomings of the present law

### 1. Negating the mental element

It is unclear at present whether mistake of fact is an affirmative defence, or whether it merely negates the mental element of a crime. In *Pappajohn*, Mr. Justice McIntyre spoke of lack of knowledge of the circumstances of non-consent of the complainant in the traditional words of a defence of mistake of fact. Mr. Justice Dickson, on the other hand, preferred to view the concept as "negation of guilty intention". The Task Force agrees with the views of John Williams:

It will be seen then, that mistake of fact is not a "defence" in the same sense that provocation, self-defence, duress, and necessity are defences. These latter defences *justify* or *excuse*, either partially or wholly, what would otherwise be criminal conduct. A mistake of fact which negates the *mens rea* renders the committed act innocent and thus there never arises any question of exonerating criminal conduct.<sup>59</sup>

### 2. Honest belief

The Task Force agrees with the present common law rule in Canada that an honestly held belief in a mistaken set of facts will negate the mental element in offences requiring proof of intention or recklessness, even where the belief was unreasonable. This is consistent with the guiding principle that there should be no criminal liability without subjective fault.

However, several *Criminal Code* provisions have whittled away this principle, such as by imposing a duty on the accused to take all reasonable steps to ascertain the age of the complainant (s. 150.1(4)) or believing on reasonable grounds that his spouse is dead (s. 290(2)(a)). Such provisions can create objective liability, and in such cases constitute an unacceptable violation of fundamental principles of criminal liability.

---

<sup>59</sup> "Mistake of Fact: The Legacy of *Pappajohn v. The Queen*", (1985) 63 Can. Bar Rev. 597 at 604-605.



Having said that, the Task Force would not be opposed to the new *Criminal Code* including a provision to the effect that the trier of fact should, in determining whether an accused had a particular belief in a set of facts, have regard to all the evidence including, where appropriate, the presence or absence of reasonable grounds for having that belief.

### 3. Negligence

There is, at present, only very limited scope for mistake of fact in the case of offences which can be established by proof of negligence.

As discussed earlier in this report, the Task Force believes very strongly that negligence is an inadequate degree of fault upon which to attach criminal liability; if offences requiring only proof of negligence are excluded from the new *Criminal Code*, then any inadequacies in the present application of mistake of fact disappear.

### 4. Voluntarily-induced intoxication

In *R. v. Moreau*,<sup>60</sup> Mr. Justice Martin observed that the rule which prevents mistake of fact, induced by voluntary intoxication, from being advanced in general intent offences is based on public policy considerations. For the reasons stated later in this report,<sup>61</sup> the categorization of offences into those of specific intent and general intent is unprincipled and must be eliminated from the new *Criminal Code*. Once done, the inadequacies of the present law will disappear.

### 5. Transferred mistake of fact

It violates our fundamental principles of criminal liability that an accused should be convicted of one offence, where his or her subjective fault proves only a different offence. The *mens rea*

---

<sup>60</sup> *Supra*, note 54.

<sup>61</sup> See the section on Intoxication, page 100.

must coincide with the *actus reus*. The Task Force agrees with Glanville Williams that:

The accused can be convicted where he both has the *mens rea* and commits the *actus reus* specified in the rule of law creating the crime, though they exist in respect of different objects. He cannot be convicted if his *mens rea* relates to one crime and his *actus reus* to a different crime, because that would be to disregard the requirement of an appropriate *mens rea*.<sup>62</sup>

The only exception to the general rule which the new *Criminal Code* should recognize is where the offence charged includes a lesser offence of which the accused may be found guilty.

#### D. Discussion

##### 1. Honest belief

The Task Force agrees with the Law Reform Commission's proposal (clause 3(2)(a)), to the extent that it would allow even an unreasonably held belief in a mistaken set of facts to negate intention.

However, the Task Force disagrees with clause 3(2)(b), which provides that this general rule "shall not apply as a defence to crimes that can be committed by recklessness . . . where the lack of knowledge is due to the defendant's recklessness." This would have the effect of reversing the rule in *Pappajohn* in cases where an accused's recklessness in becoming intoxicated was the cause of him being mistaken as to whether the complainant consented to intercourse. For the reasons stated earlier, the Task Force is opposed to any such restriction; it would create criminal liability where there is no subjective fault.

---

<sup>62</sup> *Supra*, note 38 at 129.



## **2. Transferred mistake of fact**

The Law Reform Commission recommended (clause 3(2)(a)) that an accused whose mistake of fact caused him to believe that he was committing an offence other than that charged, should be acquitted of the offence charged but convicted of attempting to commit the other offence, even where the other offence is more serious.

The Task Force is opposed to this provision. First, it renders the accused criminally liable for an offence which may be totally unrelated to the offence charged.

Second, it may well result in the police and Crown being lax in the laying of charges, as any charge laid against the accused would, if the accused alleges mistake of fact, effectively shift the onus to the accused to establish that he or she acted completely innocently.

Third, no other jurisdiction surveyed takes such an extreme position.

In the Task Force's view, mistake of fact should render an accused liable only for a lesser included offence. So, for example, an accused who did not realize that the person he was assaulting was a peace officer could be convicted of common assault.

## **3. Codified defences**

The Task Force believes that clause 3(17) of the Law Reform Commission's recommendation is unnecessary. No other surveyed jurisdiction has such duplication or detailed codification.

## VII. MENTAL DISORDER

### A. The Task Force's recommendation

The Task Force recommends that the new *Criminal Code* contain a provision to the following effect:

**11. No one is criminally liable for conduct if, through disease or mental disability, the person at the time:**

- (a) was incapable of appreciating the nature or consequences of such conduct, or
- (b) believed what he or she was doing was morally right, or
- (c) was incapable of conforming to the requirements of the law.

### B. The capacity to choose between right and wrong

The criminal law has always presumed that persons are sane and responsible. Sanity — the capacity to reason and to choose right from wrong — is a precondition to criminal liability. An insane person does not have this capacity for criminal intent, and therefore ought not to be punished.

It is now recognized as a principle of fundamental justice under section 7 of the *Charter* that the criminal justice system cannot convict a person who was insane at the time of the offence.<sup>63</sup>

Parliament codified in section 16 of the present *Criminal Code* the criteria which must be established in order for an accused to be exempted from criminal liability on account of insanity. These provisions were based on *McNaghten's Case*<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> *R. v. Swain* (1991) 63 CCC (3d) 481 (SCC).

<sup>64</sup> (1843) 10 Cl & Fin 200.



### C. Section 16 of the present *Criminal Code*

Subsection 16(2) provides that

a person is insane when the person is in a state of natural imbecility or has disease of the mind to an extent that renders the person incapable of appreciating the nature and quality of the act or omission or of knowing that an act or omission is wrong.

One of the great challenges facing Courts and juries is to understand the interrelationship between this *legal* test and the *medical* evidence respecting an accused's psychiatric condition, in determining whether he or she is legally responsible for the impugned conduct. In *R. v. Rabey*, Mr. Justice Martin observed:

The evidence of medical witnesses with respect to the cause, nature and symptoms of the abnormal mental condition from which the accused is alleged to suffer, and how that condition is viewed and characterized from the medical point of view, is highly relevant to the judicial determination of whether such a condition is capable of constituting a "disease of the mind." The opinions of medical witnesses as to whether an abnormal mental state does or does not constitute a disease of the mind are not, however, determinative, since what is a disease of the mind is a legal question.<sup>65</sup>

#### 1. Natural imbecility and disease of the mind

These are legal terms which are no longer used by the medical profession. They pre-date modern psychiatry; it was only in the 19th century that psychiatry had developed to the point where it claimed it could detect signs of madness not seen by the untrained eye.

---

<sup>65</sup> *Supra*, note 33 at 473.

"Natural imbecility" was described in *R. v. Cooper* as being distinct from a disease of the mind; an "imperfect condition of mental power from congenital defect or natural decay as distinguished from a mind once normal which has become diseased."<sup>66</sup>

The Law Reform Commission recommended in Report 31 that this expression be replaced by "defect of the mind", to cover mental malfunction due to mental retardation which may not have been included under "natural imbecility" or "disease of the mind".

While the Task Force agrees with that concern, it believes that "mental disability" would be preferable; it has a less dehumanizing ring to it, and parallels the language of section 15 of the *Charter*.

"Disease of the mind" was described by Mr. Justice Dickson in *Cooper* as

any illness, disorder or abnormal condition which impairs the human mind and its functioning, excluding however, self-induced states caused by alcohol or drugs, as well as transitory mental states such as hysteria or concussion.<sup>67</sup>

It has a wide and flexible meaning, allowing the trial judge in each case to balance the competing interests of the protection of society and the degree to which mentally disordered persons should be held criminally responsible. As Mr. Justice Martin said in *R. v. Rabey*:

Since the medical component of the term reflects or should reflect the state of medical knowledge at a given time, the concept of "disease of the mind" is capable of evolving with increased medical knowledge with respect to mental disorder or disturbance.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> (1978) 40 CCC (2d) 145 (Ont CA) at 159; rev'd 51 CCC (2d) 129 (SCC).

<sup>67</sup> *Ibid.*, at 144.

<sup>68</sup> *Supra*, note 33 at 473.

At one time a psychopathic personality (sociopathy, personality disorder, character disorder) was not considered a disease of the mind but has now been recognized as such.<sup>69</sup>

The emergence of the automatism defence has focussed attention on finding a satisfactory definition for "disease of the mind." In *R.v. Rabey*, Mr. Justice Martin drew the following distinction:

. . . the distinction to be drawn is between malfunctioning of the mind arising from some cause that is primarily internal to the accused, having its source in his psychological or emotional make-up, or in some organic pathology, as opposed to a malfunctioning of the mind which is the transient effect produced by some specific external factors such as, for example, concussion.<sup>70</sup>

The Task Force's recommendation proposes "disease" instead of "disease of the mind" for several reasons. First, it would be preferable to keep the definition as broad as possible, so that the new *Criminal Code* can accommodate new advances in medical science. Any internal mental disorder which results in an accused being incapable of appreciating the nature or consequences of such conduct, believing what he or she was doing was morally right, or rendering the accused incapable of conforming to the requirements of the law ought to excuse the conduct, whether or not the disorder was a disease "of the mind".

Second, the Task Force's proposed wording for a new automatism defence would make it abundantly clear that this provision applies only to mental disorders which are internal to the accused.

---

<sup>69</sup> *A.G. Northern Ireland v. Gallagher* [1963] AC 349 at 382; *R. v. Borg* [1969] 4 CCC 262 at 269-270 (SCC); *Chartrand v. The Queen* (1975) 26 CCC (2d) 417 at 420 (SCC); *R. v. Simpson* (1977) 35 CCC (2d) 337 at 350 (Ont CA); *R. v. Rafuse* (1981) 53 CCC (2d) 161 (BCCA).

<sup>70</sup> *Supra*, note 33 at 477.



**2. Incapable of appreciating the nature and quality of an act or omission**

In most trials the crucial issue is not whether the accused was suffering from natural imbecility or disease of the mind, but whether the abnormality "rendered the person incapable of appreciating the nature and quality of the act or omission or of knowing that the act or omission was wrong."

The *Criminal Code* is significantly different from the *McNaghten Rules*, by using the expression "*appreciating* the nature and quality of the act" in place of "*knowing*"; the *Criminal Code* test is much broader. In *Cooper v. The Queen*, Mr. Justice Dickson illustrated the difference:

To "know" the nature and quality of an act may mean merely to be aware of the physical act, while to "appreciate" may involve estimation and understanding of the consequences of that act. In the case of the appellant, as an example, in using his hands to choke the deceased, he may well have known the nature and quality of that physical act of choking. It is entirely different to suggest, however, that in performing the physical act of choking, he was able to appreciate its nature and quality in the sense of being aware that it could lead to or result in her death. . . .

Our *Code* postulates an independent test, requiring a level of understanding of the act which is more than mere knowledge that it is taking place; in short, a capacity to apprehend the nature of the act and its consequences.<sup>71</sup>

In section 16, the "nature" and "quality" of the act refer to different aspects of the act, but are generally used interchangeably. "Nature" refers to the physical character of the act,<sup>72</sup> while "quality" refers to the physical consequences of the act.<sup>73</sup> In *Kjeldsen v. The Queen*,<sup>74</sup> the Supreme Court of Canada ruled that this language excludes consideration of whether the accused had the ability to appreciate the emotional

---

<sup>71</sup> *Supra*, note 66, SCC decision at 146.

<sup>72</sup> *R. v. Cracknell* [1931] OR 634 (Ont CA).

<sup>73</sup> *R. v. Barnier* (1980) 51 CCC (2d) 193 (SCC).

<sup>74</sup> (1981) 24 CR (3d) 289.

consequences or significance of the act; the Crown need only show that he had an appreciative awareness of striking with a stone, that it might cause death or injury.

The Task Force supports the Law Reform Commission's recommendations that the new *Criminal Code*:

1. retain the expression "*incapable* of appreciating"; this is consistent with the majority and minority judgments in *R. v. Chaulk*,<sup>75</sup> and
2. replace "*nature and quality* of the conduct" with "*nature or consequences* of the conduct"; this is consistent with the Supreme Court of Canada's recent decisions in *R. v. Barnier*,<sup>76</sup> *Kjeldsen v. The Queen*,<sup>77</sup> and *Cooper v. The Queen*.<sup>78</sup>

**3. Incapable of knowing that an act or omission is wrong**

Even if the first branch of section 16(2) is not satisfied because the accused was capable of appreciating the nature and quality of an act, the insanity plea might still succeed if the accused was incapable of knowing that the act was wrong. The debate over whether "wrong" should be interpreted narrowly to mean "legally wrong" or more broadly to mean "morally wrong" has heated up in recent years, with conflicting lines of authority in England, Australia and Canada.

The difference is of profound importance: if A kills B knowing that he is killing B, and knowing that it is illegal to kill B, but under an insane delusion that the salvation of the human race hinges on A's execution for the murder of B, and that God has commanded A to produce that result by these means, A's act

---

<sup>75</sup> (1990) 62 CCC (3d) 193 (SCC).

<sup>76</sup> *Supra*, note 73.

<sup>77</sup> *Supra*, note 74.

<sup>78</sup> *Supra*, note 66.

is a crime if "wrong" means "legally wrong", but it is not a crime if it means "morally wrong".<sup>79</sup>

In Canada, the McRuer Report recommended a broad meaning for "wrong", not only in the legal sense but something that would be condemned in the eyes of mankind.<sup>80</sup> However, twenty years later, in *Schwartz v. The Queen*,<sup>81</sup> the Supreme Court of Canada ruled that "wrong" in section 16(2) means nothing more than to know that what one was doing was against the law.

It was only in *Chaulk v. The Queen* that the Supreme Court of Canada overruled its earlier decision. For the majority, Chief Justice Lamer stated:

. . . the term "wrong" as used in s. 16(2) must mean more than simply legally wrong. In considering the capacity of a person to know whether an act is one that he ought or ought not to do, the inquiry cannot terminate with the discovery that the accused knew that the act was contrary to the formal law. A person may well be aware that an act is contrary to law but, by reason of "natural imbecility" or disease of the mind, is at the same time incapable of knowing that the act is morally wrong in the circumstances according to the moral standards of society. This would be the case, for example, if the person suffered from a disease of the mind to such a degree as to know that it is legally wrong to kill but . . . kills in the belief that it is in response to a divine order and therefore not morally wrong.<sup>82</sup>

The Task Force endorses the views of the minority of the Law Reform Commission in Report 31 that an accused should be exempted from criminal liability if he or she "believed that what he or she was doing was morally right."<sup>83</sup> A mentally

---

<sup>79</sup> Sir J. F. Stephen, *History of the Criminal Law of England* (London: McMillan and Co. 1883), Vol. II at 149; see also *R. v. Ratti* (1991) 62 CCC (3d) 105 (SCC).

<sup>80</sup> *Royal Commission on the Law of Insanity as a Defence in Criminal Cases in Canada*, 1956 at 13.

<sup>81</sup> (1976) 29 CCC (2d) 1.

<sup>82</sup> *Supra*, note 75 at 230-233.

<sup>83</sup> *Supra*, note 6 at 33.



disordered person who commits a crime believing that it is morally right to do so merits treatment, not punishment. This wording would allow for this result, but at the same time prevent exemption for the psychopath who acts, not believing it is right, but being indifferent to right and wrong.

#### 4. Specific delusions

The Task Force agrees with the decision in *Chaulk* that subsection 16(3) does not add to or qualify the general defence of insanity under subsection 16(2), and supports the recommendation of the Law Reform Commission that it be deleted from the new *Criminal Code*.

#### 5. Presumption of sanity and the burden of proof

Section 16(4) of the present *Criminal Code* provides that "everyone shall, until the contrary is proved, be presumed to be and to have been sane." Since the Supreme Court of Canada's decision in *Clark v. The King*,<sup>84</sup> insanity must be "proven" on the balance of probabilities.

The Supreme Court recently upheld this position in *R. v. Chaulk*, ruling that placing the burden of proof on the accused was a reasonable limit on section 11(d) of the *Charter*, the presumption of innocence, and could thus be justified under section 1 of the *Charter*:

The presumption of sanity and the reversal of onus embodied in section 16(4) exist in order to avoid placing a virtually impossible burden on the Crown. . . . If an accused were able to rebut the presumption merely by raising a reasonable doubt as to his or her insanity, the very purpose of the presumption of sanity would be defeated and the objective would not be achieved.<sup>85</sup>

There is considerable debate as to which test should be incorporated into the new *Criminal Code*. The Law Reform Commission did not address this issue, leaving it for the

---

<sup>84</sup> (1921) 35 CCC 261.

<sup>85</sup> *Supra*, note 75 at 222.

evidence provisions. One must examine the presumption of sanity and the burden of proof in the larger context of the consequences flowing from a finding that an accused is not guilty by reason of mental disorder. Following *R. v. Swain*,<sup>86</sup> there is now no automatic committal for treatment in a hospital under a Lieutenant-Governor's warrant for an indefinite period. Amendments to s. 614(2) resulting from *Swain* provide for a hearing to determine the current mental condition of the person; detention will be justified only if he or she is found to be dangerous due to insanity at the time of the offence.

In light of this new regime, those in favour of retaining the "balance of probabilities" test argue that:

1. it is unfair to commit an accused to a mental hospital only on the basis of a reasonable doubt having been raised respecting mental disorder;
2. it is unfair to require the Crown to prove sanity beyond a reasonable doubt; and
3. there is a risk that an accused might escape criminal liability by raising a reasonable doubt as to his or her sanity, and then successfully argue at a subsequent committal hearing that the Crown has not proved mental disorder on the balance of probabilities.

Those in favour of a "reasonable doubt" test maintain that:

1. there is no reason in principle to stray from the fundamental principle of criminal law that liability ought not to attach if the Crown cannot prove the mental element of the crime beyond a reasonable doubt;
2. there is little risk that an accused would successfully raise a reasonable doubt as to his or her sanity, only by leading evidence of bizarre conduct. In virtually every case, expert evidence will be necessary to establish that the bizarre conduct originated with a "disease of the mind;" and

---

<sup>86</sup> *Supra*, note 63.

3. the issue at the first stage is whether the accused was sane at the time of the offence. The issue at the second stage is whether the accused has a mental disorder at the time of trial, warranting committal. It is neither conceptually inconsistent nor contrary to the public interest for an acquittal to result from the accused raising a reasonable doubt at the first stage, and requiring the Crown to establish mental disorder on the balance of probabilities at the second stage.

On balance, the Task Force is persuaded by the arguments in favour of the "reasonable doubt" test so that, once there is some evidence of mental disorder, the Crown should have the burden of proving the accused's sanity beyond a reasonable doubt. The argument that adopting such a test would impose an intolerable or impossible burden on the Crown does not withstand empirical scrutiny. According to Professor Gerry Ferguson:

The experience in the United States is particularly revealing. As of 1982, in half of the States and in all federal courts, once there is some evidence of insanity, the prosecution has the burden of proving the accused's sanity beyond a reasonable doubt. . . . I sampled the reported cases in those jurisdictions for the year 1982. In almost all of the cases there was at least some expert evidence supporting the accused's insanity plea. But in 28 of 30 cases, the defence of insanity failed; . . . the accused failed to raise a reasonable doubt. . . . [I]n jurisdictions where the accused had the burden of proof on a balance of probabilities, the accused's insanity plea failed 16 times in 17 cases.<sup>87</sup>

#### **D. Irresistible impulse**

Section 16(2) has often been criticized for basing its test for insanity on cognition (understanding) while discounting the emotional and conative (volitional) aspects of the mind's operations. In *Cooper v. The Queen*, Mr. Justice Dickson attempted to extend the cognitive test to emotional impairment, but that initiative was curtailed by the Supreme Court in *Kjeldsen*.

---

<sup>87</sup> "A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence," (1989) 14 *Queens L. J.* 135 at 148.



Similarly, volitional inability to prevent oneself from acting, known as "irresistible impulse", has traditionally been rejected as a ground of insanity because of the difficulty in distinguishing an irresistible impulse from one that was simply not resisted.

At present, neither emotional nor volitional inability can be advanced to establish insanity, unless it is shown that they are a symptom or manifestation of a disease of the mind.<sup>88</sup>

In the Task Force's view, the present law is too restrictive, because it means that an accused's emotional or volitional inability to refrain from committing the offence can only be a defence if it results from a disease of the mind which, by the section 16 definition, means that the accused does not have a cognitive understanding of the nature or quality of the act, or that it is wrong.

The Task Force believes that the new *Criminal Code* should broaden the defence of mental disorder to accommodate persons who, although they *know* what they are doing and that it is morally wrong, are "incapable of conforming to the requirements of the law." It would violate the fundamental principle of no criminal liability without subjective fault, to treat as a criminal a person who, through disease or mental disability, was incapable of preventing the conduct. In no other circumstance does the law presume to penalize such involuntary conduct.

#### E. Who can raise the issue?

In *Swain v. The Queen*, the Supreme Court of Canada found that the common law rule which allowed the Crown to raise evidence of insanity over and above the accused's wishes was a denial of liberty which was not in accordance with the principles of fundamental justice and not saved by section 1 of the *Charter*. The Court recommended that the common law rule be replaced:

with a rule which would allow the Crown to raise independently the issue of insanity only after the trier of fact

---

<sup>88</sup> *R. v. Borg* [1969] 2 CCC 114 (SCC); *R. v. Abbey* (1982) 68 CCC (2d) 394 (SCC).

had concluded that the accused was otherwise guilty of the offence charged. Under this scheme, the issue of insanity would be tried after a verdict of guilty had been reached, but prior to a conviction being entered. If the trier of fact then subsequently found that the accused was insane at the time of the offence, the verdict of not guilty by reason of insanity would be entered. Conversely, if the trier of fact found that the accused was not insane, within the meaning of section 16, at the time of the offence the conviction would then be entered. . . .

An accused would, if he chooses not to do so earlier, raise the issue of insanity after the trier of fact has concluded that he or she was guilty of the offence charged, but before a verdict of guilty was entered.<sup>89</sup>

The Task Force recommends that the position favoured by the Supreme Court of Canada in *Swain* should be adopted, either by incorporating it into the Procedure sections of the new *Criminal Code*, or by allowing the common law, now set out in *Swain*, to regulate the procedure to be followed.

---

<sup>89</sup> *Supra*, note 63 at 39-41.

## PART IV: DEFENCES, JUSTIFICATIONS AND EXCUSES

### VIII. DEFENCE OF THE PERSON

#### A. Task Force's recommendations

The Task Force recommends that the new *Criminal Code* contain a provision to the following effect:

#### Defence of the person

12. (1) Every person is justified in using, in self-defence or in the defence of another, such force as, in the circumstances as that person believes them to be, it is reasonable to use.

#### Excessive force

- (2) A person who uses excessive force in self-defence or in the defence of another and thereby causes the death of another human being is not guilty of murder, but is guilty of manslaughter.

#### B. The present law

##### 1. Self-defence against unprovoked assault

Subsection 34(1) of the present *Criminal Code* authorizes a person to use force against another person if:

1. the accused was unlawfully assaulted,



2. the accused had not provoked the assault,
3. the accused did not intend to cause death or grievous bodily harm, and
4. the accused did not use more force than was necessary.

This test has subjective and objective elements. If the accused believed (subjective) that he or she was in imminent danger from an attack, then force is justified in self-defence, even though the accused may be mistaken in that belief.<sup>90</sup>

However, the force used by the accused in self-defence must not be excessive, viewed objectively. There are two qualifications to this rule. First, a person defending against an attack reasonably apprehended cannot be expected to weigh to a nicety the exact measure of necessary defensive action. Second, the accused is not necessarily outside section 34(1) merely because the force used results in death or grievous bodily harm.<sup>91</sup>

Under subsection 34(2), the use of force is justified if:

1. the accused was unlawfully assaulted,
2. the accused intended to cause death or grievous bodily harm in repelling the assault,
3. the accused caused death or grievous bodily harm under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the assaulter, and
4. the accused reasonably believed that he or she could not otherwise preserve himself or herself from death or grievous bodily harm.

To succeed, the accused's apprehension of death or grievous bodily harm must be a reasonable one, and his or her belief must be based on reasonable and probable grounds. An

---

<sup>90</sup> *R. v. Baxter* (1975) 27 CCC (2d) 96 (Ont CA).

<sup>91</sup> *R. v. Setrum* (1976) 32 CCC (2d) 109 (Sask CA).

accused may still be found to have acted in self-defence, even if he or she was mistaken in the perception of danger. However, reasonable and probable grounds must still exist for this mistaken perception in the sense that the mistake must have been one which an ordinary person using ordinary care would have made in the same circumstances.<sup>92</sup>

Unlike subsection 34(1), this provision does not import the principle of proportionate force. Rather, the test is whether the accused reasonably believed that the force used was proportionate. Thus, the jury should ask "Did the accused believe on reasonable and probable grounds that it was necessary to stab the assaulter in order to protect himself?" rather than "Was it necessary for the accused to stab the assaulter in order to protect himself?" Whether the amount of force used was disproportionate is proper to be considered by the jury only to the extent that it relates to whether the accused was under a *reasonable* apprehension of death or grievous bodily harm, and whether he or she had reasonable and probable grounds to believe that he or she could not otherwise protect himself or herself.<sup>93</sup>

**2. Self-defence in the case of aggression**

Section 35 deals with the situation of an accused who uses force in self-defence, after having first assaulted or provoked another, and that person retaliates. The accused's use of force is justified if:

- 1. the accused either:
  - (a) assaulted the other person without justification and without intent to cause death or grievous bodily harm, or
  - (b) provoked the other person without justification to assault the accused,

---

<sup>92</sup> *Reilly v. The Queen* (1984) 15 CCC (3d) 1 (SCC).

<sup>93</sup> *R. v. Bogue* (1976) 30 CCC (2d) 403 (Ont CA); *R. v. Mulder (No 1)* (1978) 40 CCC (2d) 1 (Ont CA); and *R. v. Ward* (1978) 4 CR (3d) 190 (Ont CA).

2. the other person retaliated,
3. the accused did not endeavour to cause death or grievous bodily harm,
4. the accused declined further conflict and quitted or retreated from it as far as it was feasible to do so, and
5. the accused used force:
  - (a) under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence of the other person, and
  - (b) reasonably believing that the force was necessary in order to preserve himself from death or grievous bodily harm.

### 3. Preventing assault

Under section 37 the use of force is justified if:

1. the accused or someone under the accused's protection is assaulted, and
2. the accused uses no more force than is necessary to prevent the assault or its repetition.

### 4. Excessive force

Under section 26, "Every one who is authorized by law to use force is criminally responsible for any excess thereof according to the nature and quality of the act that constitutes the excess."

The Supreme Court of Canada has ruled unequivocally that there is in Canada no qualified defence of excessive self-defence under this section, reducing murder to manslaughter.<sup>94</sup> The Court reasoned that the *Criminal Code* deals comprehensively with self-defence, and there is no policy justification for the Court introducing a common law defence of excessive self-defence.

---

<sup>94</sup> *Brisson v. The Queen* (1982) 69 CCC (2d) 97 (SCC); *R. v. Faid* (1983) 2 CCC (3d) 573 (SCC); and *R. v. Bayard* (1989) 70 CR (3d) 95 (SCC).



### **C. Shortcomings of the present law**

There are numerous flaws in the present statutory formulation.

First, it is too complex; section 35 in particular is almost incomprehensible. Citizens cannot hope to understand the law, or their rights and duties. A review of court decisions discloses that judges routinely misdirect juries on the effect of these provisions, and even properly instructed juries will find the charge bewildering.

Second, several provisions appear to conflict with each other. For example, under section 37 a person can only use proportionate force to prevent the repetition of an assault, whereas under section 34(2) a person is justified in causing death if he or she reasonably believes that such force is necessary to preserve that person's life.

Third, sections 26 and 37(2) appear to say much the same thing.

Fourth, it is not necessary to distinguish between assaults on an accused which are provoked and not provoked.

Fifth, it is not necessary to distinguish between intending and not intending to cause death or grievous bodily harm, as the accused's conduct will be measured against whether he or she used reasonable force.

Sixth, section 37(1) is unduly restrictive in authorizing the use of force in the defence of a third person only if that person is under the protection of the accused.

#### **D. Recommendations for reform**

Our society places a premium on the physical security of the person. It abhors personal violence and, in most circumstances where violence against the person is required, vests that power exclusively in the State.

One of the few exceptions to that general principle is the "defence of the person" justification. The challenge facing law reformers is to determine the circumstances in which society should find it acceptable for one person to apply force intentionally, and without consent, to another person.

The Task Force's recommendation, modelled on the New Zealand *Crimes Bill*, has a simplicity and elegance which bears no relation to the existing *Code*, but addresses all the essential elements for which provision needs to be made.

##### **1. The accused's apprehension of being attacked**

An accused who is actually being attacked should be permitted to use force against the attacker in self-defence. So should an accused who honestly believes he or she is being attacked.

The more difficult issue is whether the accused's belief of attack must be reasonable. For example, a slightly-built law professor walking down a dark lane, fearful of being attacked like many others in the area have been, carries a baton. A man runs up from behind and the professor hits him with the baton. In fact, the man is a jogger, not an assailant. However, the professor honestly believes that he is under attack.

If the professor's belief in being attacked was reasonable, then clearly he should be permitted to argue self-defence. But what if his belief was unreasonable? For example he may, because of self-induced intoxication or a neurosis, believe that he was under attack when a "reasonable person" in those circumstances would not.

The Task Force believes that an honestly-held belief, even if unreasonable, should give rise to the defence of self-defence. This is consistent with the Supreme Court of Canada's decision in *Pappajohn v. The Queen*,<sup>95</sup> and with the general principle that criminal liability should attach only for subjective fault.

---

<sup>95</sup> *Supra*, note 50.

To those who fear that adoption of a subjective standard would lead to wholesale acquittals, the words of Mr. Justice Dickson in *Pappajohn* are apposite:

The jury will be concerned to consider the reasonableness of any grounds found, or asserted to be available, to support the defence of mistake. Although "reasonable grounds" is not a precondition to the availability of a plea of honest belief . . . , those grounds determine the weight to be given the defence. The reasonableness, or otherwise, of the accused's belief is only evidence for, or against, the view that the belief was actually held and the intent was, therefore, lacking.

Canadian juries, in my experience, display a high degree of common sense, and an uncanny ability to distinguish between the genuine and the specious.<sup>96</sup>

## 2. Provocation by the accused

The present *Criminal Code's* provision dealing with assault in the case of aggression is lengthy and convoluted, and in the view of the Task Force unnecessary.

First, if the accused's provocation did not amount to an assault, then the combatant was not justified in applying force in response; any force applied by the combatant amounts to unlawful force entitling the accused to retaliate in self-defence.

Second, if the accused's provocation did amount to an assault, then the combatant was justified in applying force in response and, so long as the response was not excessive, it was lawful force and the accused has no justification for retaliating.

---

<sup>96</sup> *Ibid.*, at 499-500.



### 3. The force used by the accused in self-defence

If an accused is justified in using force in self-defence, must the force be limited to that which the accused *reasonably* believed was sufficient for protection, or is the accused justified in applying force which he or she honestly believed was necessary, whether or not that belief was reasonable? In other words, should the new *Criminal Code* impose an objective or subjective standard?

For example, if the law professor in the lane described above was justified in defending himself against the man running up from behind, was he justified in applying only such force as a reasonable person in those circumstances would consider appropriate, or was he justified in applying as much force as he subjectively believed was necessary?

This is a difficult issue. On the one hand, it would be consistent with the principle enunciated in *Pappajohn* to endorse a subjective test, that an honest belief, however unreasonable, is a defence. On the other hand, the Task Force is concerned that legislating a subjective test would be an open invitation to use any amount of force.

On balance, the Task Force concluded that an objective test is preferable, and is recommending the statutory language adopted in the New Zealand *Crimes Bill*, section 41. The Law Reform Commission of Canada's recommendation<sup>97</sup> appears to adopt an objective test "using such force as was reasonably necessary". However, clause 3(17) would seem to contradict that interpretation by providing that "No one is liable if on the facts as he believed them he would have had a defence under clause . . . 3(10)."

### 4. Excessive force

If the new *Criminal Code* legislates the "reasonable force" test proposed above, then the Task Force strongly recommends that a special provision be added to the effect that the use of excessive force reduces murder to manslaughter.

---

<sup>97</sup> Report 31, *supra*, note 6 at clause 3(10).

The arguments in support of this view, articulately set out in "Excessive Self-defence: A Need for Legislation",<sup>98</sup> include the following:

- (1) The qualified defence is necessary to recognize the reduced moral culpability of a person acting "honestly", although unreasonably, when defending himself;
- (2) The qualified defence is much more consistent with modern day conceptions of the distinctions between murder and manslaughter. . . . If the accused is acting "honestly", although "unreasonably", the criminal *mens rea* is much more consistent with a verdict of manslaughter than murder;
- (3) Under the qualified defence, it will be open to the jury to convict on the lesser offence of manslaughter, which may avoid a complete "acquittal" where the jury feels there is some culpability requiring punishment; and
- (4) The doctrine of excessive self-defence may also avoid a perverse conviction for murder when manslaughter would be more just.

## 5. Defence of third persons

The Task Force agrees with the Law Reform Commission that self-defence should extend to the defence of any other person, not just persons under the accused's protection, as section 37(1) presently provides.

## 6. Law enforcement exception

The Task Force strongly disagrees with the Law Reform Commission's recommendation that defence of the person "does not apply to anyone who uses force against a person reasonably identifiable as a police officer executing a warrant of arrest or anyone present acting under his authority."

The Committee can see no justification for fettering a citizen's right to defend oneself or another in these circumstances. The general law respecting resisting arrest and obstructing a peace officer is an adequate protection to the police when they are acting in the execution of their duties. If they are acting outside the scope of their authority, citizens are entitled to protect themselves and others.

---

<sup>98</sup> N.C. O'Brien, (1982-83) 25 Crim L. Q. 441-457.

## **IX. DEFENCE OF PROPERTY**

### **A. Task Force's recommendation**

The Task Force recommends that the new *Criminal Code* contain a provision to the following effect:

#### **Defence of property**

**13. (1) A person is justified in using such force as, in the circumstances which exist or which the person believes to exist, is reasonable:**

(a) to protect property (whether belonging to that person or another) from unlawful appropriation, destruction or damage, or

(b) to prevent or terminate a trespass to that person's property.

**(2) In no circumstances is it reasonable, in defence of property, to intend to cause death.**

### **B. The present law**

#### **1. Defence of personal property**

Subsection 38(1) of the present *Criminal Code* provides that a person in peaceable possession of personal property is justified in preventing a trespasser from taking it, or in taking it back from a trespasser, if the person does not strike or cause bodily harm to the trespasser.

Subsection 38(2) adds that where the person in peaceable possession lays hands on the personal property, a trespasser who persists in attempting to keep it or take it from that person is deemed to commit an assault.



Thus, where a trespasser attempts to take possession of personal property in the peaceable possession of a person, and that person lays hands on it, that person is justified in using force against the trespasser in order to retain possession of it.

Under subsection 39(1), a person who is in peaceable possession of personal property under a claim of right is protected from criminal responsibility for defending that possession, even against a person entitled by law to possession of it, provided that the person uses no more force than is necessary.

On the other hand, a person who is in peaceable possession without a claim of right is not justified or protected from criminal responsibility for defending their possession against a person who is entitled by law to possession of it.

Section 39 would, for example, justify a tow-truck operator using reasonable force against the owner of a vehicle, to retain possession of the vehicle which had been towed after being ticketed for parking in a tow-away zone. It would not protect a tow-truck driver who knew that the ticket was invalid because the vehicle was parked legally.

One of the difficulties with section 39 is the expression "entitled by law to possession of it," as this implies a legal determination of ownership, which in most cases would only be made long after the dispute arose. It is possible that this provision imposes absolute liability such that, if at the end of the day, it is determined that the retaking party was entitled by law to possession, the defence is unavailable, even though the possessor did not know it at the time. A possible answer to this question is that a person making this mistake might be held to have had a claim or right and thus be entitled to the defence under subsection 39(1).

## **2. Defence of a dwelling-house or real property**

Section 40 provides that a person in peaceable possession of a dwelling-house is justified in using as much force as is necessary to prevent any person from forcibly breaking into or forcibly entering the dwelling-house without lawful authority.

Subsection 41(1), which is much more frequently relied upon because of its broader language, provides that a person in peaceable possession of a dwelling-house *or real property* is justified in using force to prevent any person from trespassing on the dwelling-house or real property, or in using force to remove a trespasser, provided that the person uses no more force than is necessary.

Under subsection 41(2), a trespasser who resists an attempt by a person in peaceable possession to prevent the trespasser's entry or to remove the trespasser, is deemed to commit an assault.

Section 42, which Stuart describes as "unbelievably circuitous",<sup>99</sup> provides in subsection (1) that everyone is justified in peaceably entering a dwelling-house or real property by day to take possession of it, if the person is lawfully entitled to possession of it, and subsection (2) provides that anyone who assaults a person taking such peaceable possession is guilty of an assault.

Unlike section 41, section 42 authorizes the use of force as of right, in order to prevent a trespasser from entering on a dwelling-house or real property or to remove a trespasser. This reflects the greater value which has traditionally attached to one's home than to one's chattels. Similarly, there is no duty on a person in peaceable possession of a dwelling-house to retreat to the point of giving up his or her house to an adversary.<sup>100</sup>

### 3. Extent of force

Sections 39, 40 and 41 use similar, but not identical, language to describe the degree of force which may be used:

- section 39: uses no more force than is necessary;
- section 40: uses as much force as is necessary; and
- section 41: uses no more force than is necessary.

---

<sup>99</sup> *Supra*, note 2 at 418.

<sup>100</sup> *R. v. Deegan* (1980) 49 CCC (2d) 417 (Alta CA).

What is noticeably lacking from these formulations is the modifier "reasonably", as in section 37. This suggests a rather elastic meaning, as what is "necessary" will depend on the facts and circumstances of each case. According to Colvin, one interpretation which these words will bear is that they essentially allow one to do "what it takes" to get the particular job done.<sup>101</sup> In *R. v. Baxter*, Mr. Justice Martin adopted a proportionality test:

The sections of the *Code* authorizing the use of force in defence of a person or property, to prevent crime, and to apprehend offenders, in general, express in greater detail the great principle of the common law that the use of force in such circumstances is subject to the restriction that the force used is necessary; that is, that the harm sought to be prevented could not be prevented by less violent means and that the injury or harm done by, or which might reasonably be anticipated from the force used is not disproportioned to the injury or harm it is intended to prevent.<sup>102</sup>

Commentators disagree as to whether these sections create an objective or subjective test. Stuart and Colvin both conclude that the language could support a truly objective test,<sup>103</sup> whereas the editors of Tremear's *Criminal Code* (1992) and Martin's *Criminal Code* (1992) suggest that the language "no more than necessary" implies a subjective test.<sup>104</sup> At present, the trend is toward a subjective/objective test to determine the force issue, which would allow for a reasonable mistake on the question of force. In *R. v. Weare*,<sup>105</sup> the Nova Scotia Appeal Division held that the test under s. 41(1) was "whether or not an accused used more force than he, on reasonable grounds believed was necessary."

---

<sup>101</sup> E. Colvin, *Principles of Criminal Law*, 2d ed., (Toronto: Carswell, 1991) at 225-226.

<sup>102</sup> *Supra*, note 90 at 113.

<sup>103</sup> Stuart, *supra*, note 2 at 407, and Colvin, *supra*, note 101 at 222.

<sup>104</sup> Watt and Fuerst at 80-81, and Greenspan at 78.

<sup>105</sup> (1983) 4 CCC (3d) 494 at 499.



### **C. Recommendations for reform**

#### **1. Distinction between movable and immovable property**

The Task Force has concluded that there is no reason in principle why the new *Criminal Code* should distinguish between defence of movable property and defence of immovable property.

The test for defending against the improper taking or occupation of either should be the same.

#### **2. The circumstances in which force may be used**

The Task Force believes that a subjective test should be applied to the consideration of the circumstances in which force may be applied. That is achieved through the expression "in the circumstances which exist or which the person believes to exist".

Thus, a person who believes that his or her property is about to be damaged or unlawfully taken is entitled to use force to prevent the damage or theft, even if the person is wrong in the belief, and even if it would be unreasonable for anyone to have that belief.

This parallels the Task Force's recommendation respecting defence of the person.

#### **3. Reasonableness of the force used**

The Committee believes that an objective test should be used to prescribe the amount of force which may be used in defence of property. This is achieved through the expression "by using such force as . . . is reasonable".

This parallels the Task Force's recommendation respecting defence of the person. As noted in that context, this position would appear to conflict with the Task Force's guiding principle that there should be no criminal liability without subjective

fault. However, we are here dealing not with a fault element, but with a defence based on justification, which means that the justified conduct must be untainted with culpability. Since an unreasonable mistake is a negligent mistake, it can never justify the conduct.<sup>106</sup>

#### 4. The intentional causing of death

The Task Force recommends that it never be "reasonable", in the defence of property, to intend to cause death. This enshrines a fundamental value of our society that human life is always of more value than property interests.

The Task Force's proposal gives greater scope to the defence of property than does the Law Reform Commission's recommendation; the latter would not permit force which purposely causes the death of, or seriously harms, another person.

The Task Force believes that the Law Reform Commission formulation is too restrictive. First, it focuses on the result of the force (*i.e.* death or serious harm) rather than on the intent of the person who applies force. Second, there may be cases where it may be justifiable to intend to cause serious harm to another person, in the defence of property. The public is not at risk by keeping this option open, as the person applying such force would have to satisfy the trier of fact that it was reasonable in the circumstances to apply such force. In other words, the principle of proportionality will ensure that the defence is not abused.

---

<sup>106</sup> Colvin, *supra*, note 101 at 208. See also Stuart, *supra*, note 2 at 391.

## **X. NECESSITY**

### **A. The Task Force's recommendation**

The Task Force recommends that the new *Criminal Code* contain a provision to the following effect:

#### **Necessity**

14. (1) No one is criminally responsible for acting to avoid harm to oneself or another person or to avoid immediate serious damage to property, if the danger which he or she knows or believes to exist is such that in all the circumstances (including any of his or her personal characteristics that affect its gravity) he or she cannot reasonably be expected to act otherwise.
- (2) Clause (1) does not apply to anyone who has knowingly and without reasonable excuse exposed himself or herself to the danger.

### **B. The present law**

The present *Criminal Code* does not contain a provision on necessity; its acceptance depends on section 8(3), which preserves common law defences.

In *Morgentaler v. The Queen*,<sup>107</sup> the Supreme Court of Canada ruled that, while the common law defence of necessity is preserved by what is now section 8(3), there was in this case no evidence of the urgent necessity which may, in very exceptional circumstances, justify a violation of the criminal law.

---

<sup>107</sup> (1975) 20 CCC (2d) 449.



Nine years later, the same Court unanimously and expressly recognized that the defence of necessity exists in Canadian law, and described its scope, in *Perka v. The Queen*.<sup>108</sup>

Stuart has summarized the essential elements required for the defence of necessity to succeed in Canada:

- (1) there must be circumstances of imminent risk where the action is taken to avoid a direct and immediate peril;
- (2) the accused's act must be inevitable, unavoidable and afford no reasonable opportunity for an alternate course of action that does not involve a breach of the law; and
- (3) the harm inflicted must be less than the harm sought to be avoided.<sup>109</sup>

### C. Shortcomings of the present law

#### 1. Spontaneity

In *Perka*, Chief Justice Dickson said that the accused must have faced "clear and imminent peril, where human instincts cry out for action and make a counsel of patience unreasonable." This implies that at least a degree of spontaneity is required, which the Ontario Court of Appeal took one step further in *R. v. Morgentaler, Smoling and Scott*.<sup>110</sup> There, it held that a lack of spontaneity automatically disqualifies the accused from entitlement to the necessity defence.

This position has been viewed as unduly harsh. For example, Colvin accepts that it is integral to the conception of necessity being an excuse (rather than a justification) that it must be confined to situations of overwhelming "involuntariness". He acknowledges that planning and deliberation are often difficult to reconcile with "involuntariness", but the two ideas are not totally incompatible.

---

<sup>108</sup> (1984) 14 CCC (3d) 385 at 405-406.

<sup>109</sup> *Supra*, note 2 at 434.

<sup>110</sup> (1985) 48 CR (3d) 1.

Colvin cites the example of a mountaineer who is roped to a fallen companion and who cuts the rope in order to save himself from being dragged down with the companion. Here it is clear that one must die in order that the other will be saved. To impose a "spontaneity" limitation in such circumstances seems unfair:

Should the defence be automatically excluded because discussions preceded the killing? This seems a crude way of disposing of the difficult issues raised by the case. It is difficult to see why a sense of compulsion should be discounted merely because it has been articulated and considered.<sup>111</sup>

## 2. No reasonable alternative

Under *Perka*, the defence of necessity would apply only where compliance with the law was demonstrably impossible.

Stuart concludes that literal insistence on this requirement would make the defence "almost extinct."<sup>112</sup>

## 3. Proportionality

In *Perka*, Chief Justice Dickson characterized necessity as an excusatory defence; as such, "appropriate and normal resistance" to pressure is required. However, a "balancing of evils" test is also suggested, which requires that the harm sought to be avoided must, objectively speaking, outweigh the harm inflicted. But this is consistent only with treating necessity as a justification, an idea the Court was at pains to reject.

As Galloway observes, there may be some cases where society wants to excuse the accused's conduct, even if the harm

---

<sup>111</sup> *Supra*, note 101 at 204-205.

<sup>112</sup> *Supra*, note 2 at 447.

caused is equal to or greater than the harm sought to be avoided.<sup>113</sup>

#### 4. Murder

It is not clear whether Canadian law permits necessity to be advanced in defence of murder. The well-known 19th century case of *R. v. Dudley and Stephens*<sup>114</sup> could be interpreted to exclude the defence in such cases.<sup>115</sup> In *Dudley*, three starving sailors in a lifeboat sacrificed the life of a cabin boy and ate his flesh in order to survive. The men were rescued four days later, and the defence of necessity was held not to apply in their trial for murder.

Colvin's example of the two mountaineers, cited earlier, illustrates how an absolute prohibition on necessity in cases of murder could result in injustices.

#### D. Recommendations for reform

##### 1. Avoiding harm to persons or property

The Task Force agrees with the Law Reform Commission of Canada's recommendation that necessity excuse conduct which is aimed at avoiding harm to persons *or property*. We disagree with the English Commission's proposal which would exclude the defence when the only threatened harm is to property.

It should be recognized that making necessity applicable to "persons or property" is itself a significant limitation, as it would preclude the defence in cases where the accused acted to avoid harm to political or cultural values.

---

<sup>113</sup> D. Galloway, "Necessity as a Justification: A Critique of *Perka*" (1986) 10 Dalhousie L. J. 158.

<sup>114</sup> (1884) 14 Q.B.D. 273.

<sup>115</sup> In *Morgentaler*, Mr. Justice Dickson cited *Dudley* for this proposition.



## **2. Immediacy of the danger**

The Law Reform Commission recommended that necessity should be available to an accused who acts "to avoid immediate harm to the person or immediate serious damage to property". The Task Force agrees with this formulation, with the exception that "immediate" should not be a requirement in the first instance of harm to the person.

For the reasons stated earlier, requiring spontaneity when acting to avoid harm to persons may well produce injustices. As Colvin observed, planning and deliberation are often difficult to reconcile with "involuntariness", but the two ideas are not totally incompatible.

The public is not at risk by keeping this option open, as an accused arguing necessity would have to satisfy the trier of fact that, even after deliberation, he or she could not be expected to have acted otherwise.

## **3. The subjective/objective test**

The Task Force is recommending that a subjective test be adopted in determining whether a danger existed; that is achieved by use of the words "the danger which he or she knows or believes to exist." Thus, an accused mountaineer who honestly believed that he would die if he did not cut the rope, could argue that such action was necessary.

However, the Task Force believes that the accused's response should be objectively defined ("he or she cannot reasonably be expected to act otherwise"). This is consistent with treating necessity as an excuse rather than a justification. It permits the defence in cases where the accused's conduct was "involuntary" (in the sense that no ordinary person could be expected to have acted otherwise), and it avoids any "balancing of harms" or proportionality test.

This recommendation parallels the position advocated by the Task Force for defence of the person and defence of property.

#### **4. Murder**

The Task Force disagrees with the Law Reform Commission's recommendation, which would deny the defence of necessity to anyone who purposely causes the death of, or seriously harms, another person.

For the reasons advanced earlier, that is too harsh a rule. There may well be cases where the intentional causing of serious harm to, or even purposely causing the death of, another person ought to be excused. The safeguard which is built into the Task Force's recommendation, to prevent abuses, is that the trier of fact must be satisfied that, objectively determined, the accused could not be expected to have acted otherwise.

#### **5. Creating the danger**

The Task Force agrees with the English proposal that necessity should not apply to a person who "knowingly and without reasonable excuse exposed himself to the danger." Similar provisions have been included in the Australian report and the U.S. *Model Penal Code*.

It should be stressed that this exclusion should only apply where the accused *knew* of the danger; it would violate fundamental principles of criminal liability to extend the exclusion to instances where an accused recklessly or negligently did not contemplate that his or her actions would likely give rise to an emergency requiring the breaking of the law.

## **XI. DURESS**

### **A. The Task Force's recommendation**

The Task Force recommends that the new *Criminal Code* contain a provision to the following effect:

#### **Duress**

- 15. No one is liable for committing a crime in response to a threat of harm to oneself or another person if the threat is one which in all the circumstances (including any of his or her personal characteristics that affect its gravity) he or she cannot reasonably be expected to resist.**

### **B. The present law**

Section 17 of the present *Criminal Code* states the excuse of duress:

- 17. A person who commits an offence under compulsion by threats of immediate death or bodily harm from a person who is present when the offence is committed is excused from committing the offence if the person believes that the threats will be carried out and if the person is not a party to a conspiracy or association whereby the person is subject to compulsion, but this section does not apply where the offence that is committed is high treason or treason, murder, piracy, attempted murder, sexual assault, sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm, aggravated sexual assault, forcible abduction, hostage taking, robbery, assault with a weapon or causing bodily harm, aggravated assault, unlawfully causing bodily harm, arson or an offence under sections 280 to 283 (abduction and detention of young persons).**



In *R. v. Carker (No. 2)*,<sup>116</sup> the Supreme Court of Canada held that the common law rules and principles respecting duress as an excuse or a defence had been codified and exhaustively defined in this section.

However, in *R. v. Paquette*,<sup>117</sup> the same Court resiled from that position declaring that, while the section 17 defence is not available to the actual perpetrator of an enumerated offence, the common law defence is available to an accused who is a party to the offence only by virtue of section 21(2) of the *Code*.

An articulate statement of the common law defence of duress is found in the Australian case of *R. v. Hurley and Murray*:<sup>118</sup>

Where the accused has been required to do the act charged against him:

- (i) under threat that death or grievous bodily harm will be unlawfully inflicted upon a human being if the accused fails to do the act,
- (ii) the circumstances were such that a person of ordinary firmness would have been likely to yield to the threat in the way the accused did,
- (iii) the threat was present and continuing, imminent and impending,
- (iv) the accused reasonably apprehended that the threat would be carried out,
- (v) he was induced thereby to commit the crime charged,
- (vi) the crime was not murder, or any other crime so heinous as to be excepted from the doctrine,
- (vii) the accused did not, by fault on his part when free from the duress, expose himself to its application, and

---

<sup>116</sup> (1967) 2 CRNS 16.

<sup>117</sup> (1976) 30 CCC (2d) 417.

<sup>118</sup> [1967] V.R. 526 (S.C. Victoria) at 543.

- (viii) he had no means, with safety to himself, of preventing the execution of the threat,

then the accused in such circumstances at least, has a defence of duress.

### C. Shortcomings in the present law

#### 1. Threats of death or bodily harm

This limitation has been criticized as being unduly restrictive. It would, for example, exclude duress in a case where there is a threat to the accused's mental or psychological health.

Yeo argues that there should be no restriction on the type of threatened harm which should be recognized:

. . . the rationale for allowing duress is societal compassion for human frailty in the face of extreme pressure or danger. This being the case, it could be argued that every type of threatened harm has the potential of being recognized provided that such harm has the effect of overwhelming a person of normal standing in the same position as the particular accused.<sup>119</sup>

#### 2. Immediacy

The case of *R. v. Carker (No. 2)*<sup>120</sup> illustrates the unsatisfactory nature of this limitation. A prisoner isolated in his cell who was threatened by other rioting inmates with serious physical harm if he did not damage his cell was denied the excuse of duress. The Supreme Court of Canada ruled that since the accused and the threatening prisoners were locked in their cells at the time, the threats could only be carried out in the future, and thus they were not threats of immediate bodily harm.

---

<sup>119</sup> S.M.H. Yeo, *Compulsion in the Criminal Law*, (Sydney: Law Book Co., 1990) at 69.

<sup>120</sup> *Supra*, note 116.

### 3. Threat by a person present

*Carker* also illustrates the inadequacy of the section 17 requirement that the threat must emanate from "a person who is present when the offence is committed." In that case, the Supreme Court of Canada found that the threatening prisoners, who were locked in their cells at the time of the threats, were not "present" within the meaning of section 17.

Whether the threatening party is present should not be relevant, provided that the other criteria are met.

### 4. Threat to harm a third person

It is unclear whether a threat to kill or injure another person can serve as a basis for this defence under section 17.<sup>121</sup> By contrast, the courts have extended the scope of the common law version of the excuse to include threats directed to other persons.<sup>122</sup>

---

<sup>121</sup> See Borins, J. "The Defence of Duress", (1982) 2 Crim. L.Q. 191.

<sup>122</sup> *R. v. Morrison and McQueen* (1981) 54 CCC (2d) 497 (Ont Dist Ct).



## **5. Enumerated offences where duress does not excuse**

The list of excluded offences in section 17 is much more extensive than in other Codes;<sup>123</sup> at English common law the only exempted crimes are murder and treason. The description of some of the excluded offences in section 17 has created anomalies with respect to which offences are "in" and which are "out". In *R. v. Robins*,<sup>124</sup> the Quebec Court of Appeal held that, while duress is not available to someone charged with forcible abduction, it can be a defence to the more serious crime of kidnapping.

### **D. Recommendations for reform**

#### **1. The threat of harm**

The Task Force's recommendation that duress be available in response to a "threat of harm" is noticeably broader than section 17 of the present *Criminal Code* ("threats of immediate death or bodily harm") or clause 3(8) of the Law Reform Commission recommendation ("threats of immediate serious harm").

The Task Force believes that its recommendation, paralleling its "necessity" proposal, is preferable because it would permit the excuse to be argued in cases where there is a threat to the accused's mental or psychological health.

Such a broadly-worded provision would not put the public at risk, as the reasonableness of the accused's response to the threat will be measured against the severity of the threat.

---

<sup>123</sup> Stuart, *supra*, note 2 at 395.

<sup>124</sup> (1982) 66 CCC (2d) 550.

## **2. Threats to third persons**

The Task Force agrees with the recommendation of the Law Reform Commission, and all other surveyed jurisdictions, that the excuse of duress be available where the accused acts in response to a threat of harm to oneself "or another person."

## **3. Immediacy**

As stated earlier, the Task Force believes that the "immediacy" requirement in section 17 of the *Criminal Code* and in the Law Reform Commission recommendation is unreasonable and unnecessary. At most, the immediacy of the threat is only one of the factors which need to be assessed in determining whether the accused's response was reasonable.

## **4. The presence of the threatening person**

*Carker* illustrates the unfairness of the section 17 requirement that the threatening person be present at the time of the threat.

The absence in the Law Reform Commission's proposal of any reference to the source of the threat is to be welcomed; it should provide the trier of fact with some latitude in identifying the source of the threat and assessing the type of harm threatened. Most other surveyed jurisdictions take a similar view.

## 5. The subjective/objective test

It is not clear whether, under section 17, the accused's belief respecting the harm threatened must be reasonable.

The Task Force favours the English approach ("knows or believes"), as this is most consistent with generally-accepted principles of criminal liability. It parallels the Task Force's recommendation respecting "necessity."

With respect to the accused's response to the threat, the Task Force agrees with the "modified objective" approach recommended by the English Commission, which would assess the threat from all the circumstances, including personal characteristics that affect the gravity of the threat. The accused would benefit from the excuse if the threat was one which he or she could not reasonably be expected to resist in the circumstances.

The Task Force agrees with Stuart's view that the English standard, which takes into account some of the individual's characteristics and beliefs, "sensibly tries to balance the need to be more compassionate in a wider defence of duress against the need to bolster community values."<sup>125</sup>

The Task Force is concerned that the wording of the Law Reform Commission recommendation does not make clear what standard is being advocated.

---

<sup>125</sup> *Supra*, note 2 at 405.



## 6. Exclusions

The Task Force believes that no offence ought to be automatically excluded from the application of the excuse of duress.

The Task Force agrees with Yeo that:

how evil the act might be is not the primary determinant; it is whether the actor had committed the act under circumstances which makes punishing her or him unjust.<sup>126</sup>

To allay fears that the defence could become a "charter for terrorists", Yeo<sup>127</sup> points out that there are several very stringent requirements which have to be met before the defence will succeed.

First, the accused must meet the modified objective test that a person of ordinary fortitude with the accused's characteristics could also not have resisted the threat.

Second, the accused must use the minimum force necessary which, in some cases, might impose a duty on the accused to escape.

Third, the accused must not have been blameworthy in creating the need for the excuse in the first place.

Fourth, as a practical matter a jury is more likely to be circumspect in its compassion where the wrongful act was the murder of an innocent person.

---

<sup>126</sup> *Supra*, note 119 at 142.

<sup>127</sup> *Ibid.*, at 147.

## XII. INTOXICATION

### A. The Task Force's recommendation

The Task Force recommends that the new *Criminal Code* contain a provision to the following effect:

#### Intoxication

16. (1) No person is liable for a crime for which, by reason of intoxication, the person fails to satisfy the culpability requirements specified by its definition.
- (2) Clause (1) does not apply where the voluntary consumption of an intoxicant is a material element of the offence charged.
- (3) Notwithstanding clause (1), a person charged with a Schedule 1 offence who would, but for voluntary intoxication, be found guilty of that offence shall instead be found guilty of the included offence of criminal intoxication.
- (4) A person found guilty under clause (3) is liable to the same punishment as if found guilty of an attempt to commit the offence charged.

### B. The present law

#### 1. Specific intent

In *Director of Public Prosecutions v. Beard*,<sup>128</sup> the House of Lords stated the law of drunkenness as follows:

Evidence of drunkenness which renders the accused incapable of forming the specific intent essential to constitute the crime should be taken into consideration with the other facts proved in order to determine whether or not he had this intent . . .

---

<sup>128</sup> [1920] AC 479.

*Beard* became the law of Canada with the Supreme Court of Canada's decision in *MacAskill v. The King*.<sup>129</sup> Three decades later the same Court, in *R. v. George*,<sup>130</sup> gave *Beard* a strict, and arguably unintentional, interpretation, ruling that drunkenness could only negative the *mens rea* of offences requiring proof of a specific intent, and could not be advanced with respect to offences that required proof only of a general intent. Thus, drunkenness could be a defence to theft, if it negated the accused's capacity to form the specific intent to steal, but it could not be a defence to assault, which requires only a general intent to apply force to another without consent.

In *Leary v. The Queen*,<sup>131</sup> the Supreme Court of Canada endorsed its earlier decision in *George*, and the House of Lords' decision in *DPP v. Majewski*.<sup>132</sup>

In *Commissioner of Police v. Caldwell*,<sup>133</sup> the House of Lords extended the principle stated in *Beard* to any offence which could be proved by recklessness. Drunkenness would not be a defence where the accused, if sober, would have been aware of the possibility of harmful consequences from his acts.

Finally, a majority of the Supreme Court of Canada retained the specific intent-general intent dichotomy in *Bernard v. The Queen*.<sup>134</sup>

---

<sup>129</sup> [1931] SCR 330.

<sup>130</sup> (1960) 128 CCC 289.

<sup>131</sup> (1977) 33 CCC (2d) 473.

<sup>132</sup> [1977] AC 443.

<sup>133</sup> [1982] AC 341.

<sup>134</sup> [1988] 2 SCR 833.



## 2. Capacity to form the intent

The formulation in *Beard* refers to the accused's incapacity to form the intent, and a line of Supreme Court of Canada authorities has referred to "incapacity to form the necessary intent" as the appropriate test where the defence of drunkenness is in issue.<sup>135</sup>

Several recent decisions of the Ontario Court of Appeal have put that test into some doubt. In *R. v. MacKinlay*, Mr. Justice Martin, for the Court, stated:

If the accused by reason of intoxication was incapable of forming the required intent, then obviously he could not have it. If the jury entertain a reasonable doubt whether the accused by reason of intoxication had the capacity to form the necessary intent, then the necessary intent has not been proved. If they are satisfied beyond a reasonable doubt that the accused had the capacity to form the necessary intent, *they must then go on to consider whether, taking into account the consumption of liquor and the other facts, the prosecution has satisfied them beyond a reasonable doubt that the accused in fact had the required intent.* (Italics in original judgment).<sup>136</sup>

However, in *R. v. Korpeza*,<sup>137</sup> the British Columbia Court of Appeal rejected the *MacKinlay* formulation. Mr. Justice Wood expressed "complete sympathy" for much of what Mr. Justice Martin had to say in that case, but felt compelled to apply the earlier Supreme Court of Canada decisions. He went on:

The rules in *Beard* virtually absolve the Crown from having to prove actual intent in any case where a specific intent is alleged and intoxication is raised as a defence. For in such cases it need only prove the capacity of the accused to form the intent alleged, at which point the "reasonable, commonsense inference", which by then is immune to the reality of the accused's intoxicated condition, discharges the balance of their burden of proof. I am not the first to suggest that by limiting the burden of proof in such cases the law as it presently stands is inconsistent with the presumption of innocence.<sup>138</sup>

---

<sup>135</sup> *MacAskill v. The King*, *supra*, note 129, *Perrault v. The Queen* [1970] 5 CCC 217, *Alward and Mooney v. The Queen* (1977) 35 CCC (2d) 392 and *Swietlinski v. The Queen* (1980) 55 CCC (2d) 481.

<sup>136</sup> (1986) 28 CCC (3d) 306 at 322.

<sup>137</sup> May 24, 1991.

<sup>138</sup> *Ibid.*, at 21-22.

This survey of relevant case law would not be complete without brief reference to two recent decisions in New Zealand and Australia. In *R. v. Kamipeli*, the New Zealand Court of Appeal rejected the contention that evidence of drunkenness is admissible only in specific intent offences. Further, the Court ruled that "it is the fact of intent rather than the capacity for intent which must be the subject matter of the inquiry."<sup>139</sup>

Similarly, in *R. v. O'Connor*,<sup>140</sup> the High Court of Australia declined to follow *Majewski*, ruling that no distinction is to be drawn between offences of "basic" and "specific" intent for the purpose of determining whether the mental element of an offence can be established. For all offences requiring proof of a mental element, evidence of intoxication by drugs or alcohol, whether voluntarily self-induced or not, is relevant and admissible in determining whether the requisite mental element was present.

### C. Shortcomings of the present law

#### 1. Specific intent

The law in Canada is, at present, unprincipled and arbitrary. The heart of the problem lies with the courts' creation of an artificial distinction between crimes of specific intent and general intent. In *Leary*, Mr. Justice Dickson described it as an "irrational" dichotomy, "for there are not, and never have been, any legally adequate criteria for distinguishing the one group of crimes from the other."<sup>141</sup>

The greatest injustice resulting from this artificial dichotomy is that it imposes an objective standard of liability; an accused

---

<sup>139</sup> [1975] 2 NZLR 610 at 616.

<sup>140</sup> [1980] 4 A Crim R 348.

<sup>141</sup> *Supra*, note 131 at 490.

can be found guilty, not for the state of mind he or she actually had, but for the state of mind which the accused would have had (or might have had), if sober.

This violates the most fundamental principle of criminal liability, that an accused is culpable only if the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused committed the *actus reus* with the state of mind requisite for the offence.

The two arguments advanced for attaching criminal liability in such circumstances are equally unconvincing. First, it is argued that the accused was morally blameworthy for getting drunk. Some Courts go so far as to say that this conduct satisfies the *mens rea* of the resulting offence. Others are content to acknowledge the illogicality of the situation, but they find public policy arguments persuasive.

Second, it is argued that to allow evidence of drunkenness to negative the mental element in crimes of general intent would result in dangerous "drunk" criminals being set free. Such empirical evidence as does exist does not support that contention. Quigley<sup>142</sup> refers to an Australian study of 510 cases held in the immediate aftermath of *O'Connor*. The number of cases in which the defence of drunkenness was argued, but could not have been relied upon until *O'Connor*, was 11 out of 510. Of the three resulting acquittals, only one could safely be attributed to acceptance of the drunkenness defence.

## 2. Capacity

A second shortcoming of the present law is that it obligates the accused to raise a reasonable doubt as to his or her *capacity* to form the specific intent required, regardless of what was the accused's actual intent, if any. An accused may be attached with criminal liability even though the Crown has not proved that he or she had the intent necessary to constitute the crime.

---

<sup>142</sup> "Reform of the Intoxication Defence" (1987) 33 McGill LJ 1 at 5.



### **3. Recklessness**

It would be a logical extension of the law as stated in *Leary* and *Bernard*, for Canadian courts to follow the House of Lords' lead in *Caldwell*, precluding evidence of drunkenness in cases of recklessness.

## **D. Recommendations for reform**

### **1. Specific intent**

The Task Force wholeheartedly supports the Law Reform Commission of Canada's recommendation that the new *Criminal Code* do away with the specific intent/general intent dichotomy, and make evidence of drunkenness applicable to any offence.

### **2. Capacity**

Similarly, the Task Force supports the Law Reform Commission's recommendation that the "capacity" threshold be removed.

### **3. Exclusions**

The Task Force believes that the new *Criminal Code* should state clearly, as does the New Zealand draft *Crimes Bill*, that the defence of intoxication does not apply where the voluntary consumption of an intoxicant is a material element of the offence charged.

### **4. Included offence of criminal intoxication**

There is considerable debate among academics and the judiciary, and there certainly was within the Task Force, as to whether it is enough to legislate a general rule in the new *Criminal Code* to the effect that evidence of self-induced drunkenness which raises a reasonable doubt as to whether the accused had the *mens rea* for the offence charged (or any lesser included offence) justifies an acquittal.

Those supporting that position argue that an accused acquitted of a more serious crime (such as robbery) due to drunkenness would almost invariably be convicted of a lesser included offence (such as assault) requiring only a minimal degree of *mens rea*. If the *Code's* sentencing provisions were strengthened to give judges greater flexibility to order curative treatment, the public would be protected and the root cause of the criminal behaviour would be addressed.

Others argue that the public would not countenance a regime in which an intoxicated offender might go free, and that the only way to protect the public, at least in cases involving bodily harm, death, sexual assault on another or destruction or damage to property that endangered life, would be to create a special verdict, an included offence or a new substantive offence of criminal intoxication.

On balance, the Task Force is persuaded that the public interest would be best served by having the new *Criminal Code* provide for a lesser included offence of criminal intoxication. Where an accused is charged with one of the enumerated offences listed in a Schedule to the *Criminal Code*, and is acquitted because of voluntary intoxication, then he or she would be convicted of the included offence of criminal intoxication. A person convicted of the included offence would be liable to the same punishment as if convicted of attempting to commit the substantive offence charged, and the sentencing powers of the Court should be expanded to include a mandatory treatment option.

The Task Force favours this approach over that recommended by the Law Reform Commission, which would impose a conviction for "committing that crime while intoxicated".<sup>143</sup> There are several shortcomings to that provision:

1. it is in one sense more harsh than the present law which, at least in the case of specific intent offences, grants a complete acquittal to an accused who raises a reasonable doubt as to intent based on drunkenness. Under the Law Reform Commission proposal, drunkenness as a "defence" reduces murder to manslaughter while intoxicated, but in all other cases it is eliminated as a defence;

---

<sup>143</sup> Clause 3(3)(b).

2. it ascribes liability, even though the Crown has not proven the mental element. For example, an accused who is acquitted of theft because evidence of drunkenness negated the specific intent necessary for conviction would still be convicted of theft, albeit "while intoxicated;" and
3. it mandates a conviction for manslaughter while intoxicated in the case of an accused charged with murder who negatives the *mens rea* required for murder through evidence of drunkenness, notwithstanding that such evidence might also negative the *mens rea* required for manslaughter.



### **XIII. MISTAKE OF LAW**

#### **A. The Task Force's recommendation**

The Task Force recommends that the new *Criminal Code* contain a provision to the following effect:

#### **Mistake of law**

#### **17. No one is liable for a crime committed by reason of mistake or ignorance of law:**

- a. concerning private or other civil rights relevant to that crime, or**
- b. resulting from:**
  - i. ignorance of the existence of the law, where the law has not been published or otherwise reasonably made known to the public or persons likely to be affected by it,**
  - ii. reasonable reliance on a judicial decision, or**
  - iii. reasonable reliance on a statement by a judge, government official or person in authority.**

#### **B. The present law**

Section 19 of the present *Criminal Code* states:

Ignorance of the law by a person who commits an offence is not an excuse for committing that offence.

In *R. v. Molis*,<sup>144</sup> the Supreme Court ruled that section 19 precludes not only "ignorance" of the law but also "mistake as to the meaning, scope or application of the law" as an excuse for committing a crime.

---

<sup>144</sup> (1980) 55 CCC (2d) 558 (SCC).

## 1. Strict application

In keeping with the strict English tradition, Canadian courts have generally applied section 19 most rigidly. For example:

- reliance on a lawyer's legal opinion does not afford a defence, regardless of the fact that the accused acted in good faith on the mistaken advice;<sup>145</sup>
- a defence of "custom" has been rejected, as in the case of private detectives who argued that, because of custom long followed by their profession, they had the right to enter private property and remain thereon in order to carry out a lawful investigation;<sup>146</sup>
- reliance on judicial decisions, subsequently overruled, is not a defence;<sup>147</sup>
- the accused's "due diligence" in seeking to determine whether the drug which the accused was manufacturing had yet been listed as a restricted drug, was not a defence;<sup>148</sup>
- ignorance of the law by a foreigner does not excuse;<sup>149</sup>
- mistake based on the operation of a public law, especially a law criminal in nature, will generally not provide a defence, as, for example, where the accused mistakenly believed that under the *Customs Act* he did not have to declare or pay duty on gems.<sup>150</sup>

---

<sup>145</sup> *R. v. Brinkley* (1907) 12 CCC 454 (Ont CA).

<sup>146</sup> *R. v. Andsten and Petrie* (1960) 128 CCC 311 (BCCA).

<sup>147</sup> *R. v. Campbell* (1973) 10 CCC (2d) 26 (Alta Dist Ct).

<sup>148</sup> *R. v. Molis*, *supra*, note 144.

<sup>149</sup> *R. v. Kear and Johnson* (1989) 51 CCC (3d) 574 (Ont CA).

<sup>150</sup> *R. v. Aryeh* (1971) 6 CCC (2d) 171 (Ont CA).

## 2. Emerging exceptions

The rigidity of the earlier law is giving way to several judicially-recognized exceptions based on a test of "reasonableness".

### a. officially-induced error

When a mistake of law has arisen because of an accused's reliance on a statement made to him or her by a relevant official, mistake of law may operate as a defence.

In *R. v. Macdougall*,<sup>151</sup> the accused claimed he had relied on the mistaken advice of an official at the Registrar of Motor Vehicles. The Nova Scotia Court of Appeal upheld the defence. Although the Supreme Court of Canada reversed, finding that the accused had not been misled, it gave approval to the defence of officially-induced error.

In *R. v. Cancoil Thermal Corp.*, the Ontario Court of Appeal recognized this defence in the context of regulatory offences, and set out its requirements:

The defence of "officially induced error" is available as a defence to an alleged violation of a regulatory statute where an accused has reasonably relied upon the erroneous legal opinion or advice of an official who is responsible for the administration or enforcement of the particular law. In order for the accused to successfully raise this defence, he must show that he relied on the erroneous legal opinion of the official and that his reliance was reasonable. The reasonableness will depend upon several factors, including the efforts he made to ascertain the proper law, the complexity or obscurity of the law, the position of the official who gave the advice, and the clarity, definitiveness and reasonableness of the advice given.<sup>152</sup>

---

<sup>151</sup> (1981) 60 CCC (2d) 137 (NSSC App Div).

<sup>152</sup> (1986) 52 CR (3d) 198 at 199.



### **b. Non-publication of the law**

Section 11(2) of the Federal *Statutory Instruments Act*,<sup>153</sup> provides a defence for those charged under any non-published Federal *regulations* where there is a requirement that the regulation be published. Some provinces have similar provisions dealing with unpublished provincial regulations.

Several judicial decisions have applied the defence to cases where there was no publication of subordinate legislation, even though there was no requirement for publication.<sup>154</sup>

### **c. Mistake based on private rights or civil law**

Canadian courts are divided on whether a mistaken belief with respect to the effect of civil law relating to a custody order can negative the *mens rea* of an offence.<sup>155</sup>

It is generally accepted that an accused may be acquitted on the basis of a mistake of law respecting a "colour of right." For example, the defence of "colour of right" will be available to an accused charged with theft who had an honest but mistaken belief that he or she had a right to the property, regardless of the fact that this belief was based on a mistake of law,<sup>156</sup> although a "colour of right" claim requires a prior proprietary interest.

---

<sup>153</sup> R.S.C. 1985, c. S-22.

<sup>154</sup> *R. v. Ross* (1944) 84 CCC 107 (BC Co Ct), *R. v. Michelin Tires Manufacturing (Canada) Ltd.* (1975) 15 NSR (2d) 105, and *R. v. Catholique* (1980) 49 CCC (2d) 65 (NWTSC).

<sup>155</sup> *R. v. Ilczyszyn* (1988) 45 CCC (3d) 91 (Ont CA), and *R. v. Cook* (1984) 12 CCC (3d) 471 (NSSC App Div).

<sup>156</sup> *Lilly v. The Queen*, (1983) 5 CCC (3d) 1 (SCC).

#### **d. Wilful breach of a probation order**

In *R. v. Docherty*,<sup>157</sup> the Supreme Court of Canada ruled that an accused could not be convicted of breach of probation (for having committed the offence of sitting in a car while intoxicated) when the accused did not know that such conduct was against the law. A conviction cannot be sustained unless he or she was aware that the underlying offence which has been committed is against the law.

#### **e. Characterizing the mistake as one of fact**

Sometimes the task of distinguishing between mistake of fact and law is most difficult. Stuart states:

A mistake of fact is said to occur when the accused is mistaken in his belief that facts exist when they do not, or that they do not exist when they do. On the other hand, a mistake of law is said to occur when the mistake is not as to the actual facts but rather as to their legal relevance, consequence or significance.<sup>158</sup>

Colvin adds that:

Certain linguistic conventions may guide the terminology which is used. Yet since the availability of a defence may depend on how the mistake is characterized, the court's sense of what would be the appropriate result may also influence its choice of label. . . . The labels "mistake of fact" and "mistake of law" appear to have been used primarily as devices for rationalizing decisions which were taken on other grounds.<sup>159</sup>

---

<sup>157</sup> (1989) 51 CCC (3d) 1.

<sup>158</sup> *Supra*, note 2 at 299.

<sup>159</sup> *Supra*, note 101 at 160-161.

## C. Recommendations for reform

### 1. Absence of *mens rea*

It has been argued that section 19 of the present *Criminal Code* should be abolished on the basis that it is inconsistent with the general fundamental principle of criminal law that lack of *mens rea* is a defence to a charge of criminal liability. In *Sault Ste. Marie*<sup>160</sup> and *Tutton*,<sup>161</sup> the Supreme Court of Canada determined that the imposition of criminal liability in the absence of proof of *mens rea* is an anomaly which does not sit comfortably with the principles of penal liability and fundamental justice, especially with respect to offences carrying long terms of imprisonment.

A less radical view is that a general defence could be based on the concept of "reasonableness". Colvin suggests that, while highly unlikely:

it is conceivable that [section 7 of the *Charter*] could be taken to demand a general defence of reasonable mistake of law. Yet in view of the historical reluctance of the common law to admit defences based on normative ignorance, it is expected that the courts will proceed cautiously.<sup>162</sup>

Alternatively, the harshness of the present rule could be addressed through the recognition and expansion of existing exceptions and/or creation of new exceptions to section 19.

Those in favour of retaining the present rule argue that it is an implied term of the social contract upon which our society is based that everyone is presumed to know the law and to obey it.

Advocates of a "reasonable mistake of law" rule maintain that retaining the present rule imposes absolute liability; even adopting a "reasonable mistake of law" test would ground criminal liability for what amounts to civil negligence, a questionable standard in a criminal statute which in other respects requires proof at least of criminal negligence.

---

<sup>160</sup> *Supra*, note 10.

<sup>161</sup> *Supra*, note 46.

<sup>162</sup> *Supra*, note 101 at 262.



On balance, the Task Force favours retention of the general principle that mistake of law is no excuse, but extending the exceptions to this rule to protect from criminal liability those who acted "reasonably."

## **2. Exceptions**

Consequently, the Task Force recommends that mistake of law constitute a defence in the following circumstances:

### **a. private or other civil rights**

"Colour of right" defences have generally been confined by the Courts to the offences specified in various *Criminal Code* sections, such as defence of movable property (s. 39(1)), defence of a dwelling-house (s. 42(3)), theft (s. 322) and mischief (s. 429(2)).

The Task Force agrees with the Law Reform Commission recommendation that the General Part of the new *Criminal Code* include a provision to the effect that a mistake or ignorance of law concerning private rights relevant to the crime constitutes an excuse.

The Task Force's wording is intended to be as broad as possible, to extend to any mistake relating to provincial statutory and regulatory law, civil law, proprietary rights and all other non-criminal law.

### **b. publication**

The Task Force believes that an accused's actual ignorance of the law should give rise to a defence if either of two situations exists:

- i. the law has not been published, whether or not the law is statutory or delegated legislation, and whether or not there is a legislative requirement that it be published, and

- ii. even where the law has been published, if it has not been otherwise reasonably made known to the public or persons likely to be affected by it.

The first provision is a logical and principled extension of the present law, and removes arbitrary distinctions.

The second provision effectively places an onus on Parliament to take reasonable steps to disseminate laws to those who are likely to be affected by them, before such citizens can be held criminally liable for acting in contravention of them. This goes further than the Law Reform Commission recommendation, and parallels provisions in the English Commission Report (s. 46(1)(b)), the U.S. *Model Penal Code* (s. 2.04(3)(a)) and the Australian Review Committee report (s. 3K(1)).

#### **c. reasonable reliance on a judicial decision**

The Task Force supports the thrust of the Law Reform Commission recommendation in clause 3(7)(b)(ii), but would extend it to "mistake or ignorance of law resulting from reasonable reliance on a judicial decision."

In the Task Force's view, it is arbitrary to limit this provision to decisions "of a court of appeal in the province having jurisdiction over the crime charged." A citizen ought to be entitled to rely on the law as stated by any level of court in any Canadian jurisdiction. The safeguard built into this provision is that the reliance must be reasonable. For example, it would be unreasonable to act on the basis of a court decision in another province where the accused should have known that there were contrary judgments of a higher court in his or her own province.

#### **d. officially-induced error**

The Task Force agrees with the thrust of the Law Reform Commission recommendation, but proposes broader language which would extend the defence to reliance on erroneous statements of the law by judges, government officials or those enforcing the law, such as police officers. Again, the safeguard is that the accused's reliance must be reasonable.

#### **XIV. PROVOCATION**

##### **A. The Task Force's recommendation**

The Task Force recommends that the new *Criminal Code* contain a provision to the following effect:

##### **Provocation**

**18. (1) An accused is provoked if, as a result of another's act or statement, the accused loses self-control where a person in the accused's situation, under the circumstances as the accused believes them to be, would lose self-control.**

**(2) An accused who, while provoked:**

- a. commits murder, shall be convicted of manslaughter, and**
- b. commits any offence included in the Schedule, shall be convicted of committing that offence under provocation, and shall be liable to half the penalty of the offence charged.**

##### **B. The present law**

Section 232 of the present *Criminal Code* states:

- (1) Culpable homicide that otherwise would be murder may be reduced to manslaughter if the person who committed it did so in the heat of passion caused by sudden provocation.**
- (2) A wrongful act or insult that is of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control is provocation enough for the purposes of this section if the accused acted upon it on the sudden and before there was time for his passion to cool.**



(3) For the purposes of this section the questions

- (a) whether a particular wrongful act or insult amounted to provocation, and
- (b) whether the accused was deprived of the power of self-control by the provocation that he alleges he received,

are questions of fact, but no one shall be deemed to have given provocation to another by doing anything that he had a legal right to do, or by doing anything that the accused incited him to do in order to provide the accused with an excuse for causing death or bodily harm to any human being.

- (4) Culpable homicide that otherwise would be murder is not necessarily manslaughter by reason only that it was committed by a person who was being arrested illegally, but the fact that the illegality of the arrest was known to the accused may be evidence of provocation for the purpose of this section.

Provocation applies only in the case of murder,<sup>163</sup> reducing murder to manslaughter. It is seen as an ameliorating factor, reducing the harshness of the criminal law in the case of murder (with its minimum punishment of life imprisonment), standing as a limited concession to human infirmity.

---

<sup>163</sup> *R. v. Campbell* (1977) 38 CCC (2d) 6 (Ont CA).

Stuart describes section 232 as "one of the most complex formulations anywhere."<sup>164</sup> By its terms, an accused must meet four requirements:

### 1. Sudden provocation

In *R. v. Tripodi*, Mr. Justice Rand took "sudden provocation" in subsection (1):

to mean that the wrongful act or insult must strike upon a mind unprepared for it, that it must make an unexpected impact that takes the understanding by surprise and sets the passions aflame.<sup>165</sup>

### 2. Wrongful act or insult

The law is not clear whether "wrongful" is limited to some act that is legally wrong, or is broad enough to cover acts which might be morally wrong.

The Oxford English Dictionary defines "insult" as including:

injuriously contemptuous speech or behaviour; scornful utterance or action intended to wound self-respect; an affront; indignity.

There are three situations in which a person's conduct does not amount to a "wrongful act or insult:"

- i. where the person was doing anything that he or she had a legal right to do; such as an act of self-defence;
- ii. where the person was doing anything that the accused incited him or her to do in order to provide the accused with an excuse for causing death or bodily harm; and
- iii. where the person was arresting the accused illegally (unless the accused knew that it was an illegal arrest).

---

<sup>164</sup> *Supra*, note 2 at 449. The summary of the present law which follows borrows heavily from Stuart's analysis at 448-456.

<sup>165</sup> [1955] SCR 438 at 443.

### 3. Sufficient to deprive an ordinary person of self-control

There has in recent years been a considerable softening of the harsh, objective wording of this requirement. The earlier view was expressed in *R. v. Bedder*,<sup>166</sup> where the objective standard could not take account of the fact that the accused was sexually impotent, even though this was a most relevant factor to the alleged provocation by a prostitute insulting him at his lack of sexual prowess.

*Bedder* was applied by the Supreme Court of Canada in *R. v. Wright*,<sup>167</sup> where the Court ruled that any subjective factors such as the character, background, temperament, idiosyncracies or the drunkenness of the accused could not be considered. They were only relevant in the subsequent step, when determining whether the accused did in fact act "on the sudden and before there was time for his passion to cool."

In *R. v. Parnerkar*,<sup>168</sup> the Supreme Court of Canada maintained that view, ruling that no account should be taken that the accused was black, even though the provocation alleged was that of a racial slur.

The law of England changed dramatically in 1978 when the House of Lords in *R. v. Camplin*, declared that the *Bedder* rule could not survive, in light of section 3 of the *Homicide Act*. Trial judges should hereafter explain to juries that:

the reasonable man referred to in the question is a person having the power of self-control to be expected of an ordinary person of the sex and age of the accused, but in other respects sharing such of the accused's characteristics as they think would affect the gravity of the provocation to him, and that the question is not merely whether such a person would in like circumstances be provoked to lose his self-control but also would react to the provocation as the accused did.<sup>169</sup>

---

<sup>166</sup> [1954] 2 All E R 801 (HL).

<sup>167</sup> [1969] SCR 335.

<sup>168</sup> (1973) 21 CNRS 129.

<sup>169</sup> [1978] 2 All E R 168 at 718.



Thus, the trier of fact must take into account the personal characteristics of the accused, such as age, sex, race, impotence, dwarfism, immaturity, senility and pregnancy. However, evidence of exceptional excitability, pugnaciousness, quick temper and drunkenness ought to be excluded.

This approach was adopted by the Supreme Court of Canada in *R. v. Hill*,<sup>170</sup> where the accused, aged sixteen, raised the defence of provocation to a charge of first degree murder on the basis of the victim's conduct including a homosexual attack. All members of the Court accepted that age and sex can be relevant at the objective stage of the provocation inquiry.

*Hill* effectively overrules *Wright* and *Parnerkar* on this issue, and in its place substitutes a more flexible objective standard which takes into account some but not all individual factors.

#### **4. Actual retaliation "on the sudden" in the heat of passion**

Section 232(2) states that the accused must retaliate "on the sudden and before there was time for his passion to cool." This is an entirely subjective examination of the particular accused, and individual factors of every description, including idiosyncratic temperament and intoxication, may be taken into account.

#### **C. Shortcomings of the present law**

Section 232 has numerous shortcomings, well-known to the courts and to practitioners.

First, it is too complex and, in some instances, repetitive.

Second, some provisions are ambiguous. For example, no one knows for sure how "wrongful" in subsection (2) should be interpreted. "Wrongful" is not a requirement of the law in any other jurisdiction.

---

<sup>170</sup> (1985) 51 CR (3d) 97.

Third, the objective test in subsection (2) ("ordinary person") ignores the reality that people's reactions are inextricably linked to their personal characteristics and psychological make-up. To require a child to react like an adult (trial judge in *Bedder*) or a black man to react to a racial slur like a white man (*Parnerkar*) imposes a form of absolute liability, which violates fundamental principles of criminal liability.

Fourth, the Supreme Court of Canada's judgment in *Hill* makes it clear that a trial judge is not required to instruct the jury that they must take some personal characteristics of the accused into account in determining whether or not the wrongful act or insult was sufficient to deprive an ordinary person of self-control. Such an instruction would not add significantly to the complexity of the charge, and would clarify an important element of the defence so as to ensure that the jury would not be misled.

Fifth, the requirement that the accused's retaliation be immediate is unduly restrictive. The real issue is whether the accused acted while provoked, and whether it was "on the sudden" or "before there was time for his passion to cool" may or may not be decisive. As Stuart notes, a lapse of time sometimes heats, rather than cools, passions.<sup>171</sup>

Sixth, there is no principled reason why provocation should apply only in the case of murder. While provocation has always been seen as an ameliorating influence, softening the harshness of the minimum life imprisonment penalty for murder, it is at the same time a form of societal recognition of human frailties which ought to apply equally to all offences. It is arbitrary in the extreme that an accused who attacks another under provocation may plead the provocation if the other person dies, but not if he or she survives.

---

<sup>171</sup> *Supra*, note 2 at 456.

#### **D. Recommendations for reform**

The Task Force's recommendation seeks to address all the shortcomings of section 232.

First, it eliminates the unnecessary limitation that the triggering act or statement be a "wrongful act or insult".

Second, it eliminates the arbitrary requirement that the triggering provocation be "sudden".

Third, it adopts an objective/subjective test with respect to the accused's response to the provocation. The Task Force strongly believes that all relevant personal characteristics of the accused, including his or her psychological make-up, ought to be considered in determining whether it was reasonable that he or she lost control. This is the position recommended in England and in the U.S. *Model Penal Code*.

Fourth, the timing of the accused's retaliation is tied to the continued existence of the provocation. Thus, the accused must have retaliated "while provoked", whether or not it was "on the sudden" or "before his passion had cooled."

Finally, it makes provocation a partial defence to a larger category of offences, not just murder. It is premature to identify the other offences to which provocation might apply. That must await the codification of new offences in the new *Criminal Code*.



## **XV. DE MINIMIS NON CURAT LEX**

### **A. The Task Force's recommendation**

The Task Force recommends that the new *Criminal Code* contain a provision to the following effect:

#### **Trivial violations**

19. Where the Crown has proved all the essential elements of an offence the Court may, before a finding of guilt is entered, stay the proceedings against the accused with respect to that offence, where the accused satisfies the Court on the balance of probabilities that, having regard to the nature of the conduct and all the attendant circumstances, the violation was too trivial to warrant a finding of guilt, the entering of a conviction or the imposition of a criminal sanction.

### **B. The present law**

*De minimis non curat lex* is an ancient maxim meaning "the law does not concern itself with trifles."

One of the first modern references to the common law maxim arose in *The "Reward"*,<sup>172</sup> which set out the four elements which must be established for an accused to be criminally excused:

1. an offence was committed,
2. the offence was of very slight consequence; the deviation was a mere trifle,
3. if the offence were continued in practice, it would weigh little or nothing on the public interest, and

---

<sup>172</sup> (1818) 165 ER 1482 (HC Adm).

4. the accused is exposed to the infliction of inflexibly severe penalties.

*De minimis* is raised most frequently in possession cases, usually involving liquor or narcotics, and in cases of theft and assault.

### 1. Possession of liquor or narcotics

A review of the case law discloses a real confusion on the part of some courts and counsel as to the application of the *de minimis* maxim. Many cases discuss *de minimis* in the context of whether a specific statute required proof of a minimum amount of the liquor or narcotic, and varying tests have been applied:

- a mere trace of the substance is enough to prove possession, the trace being the remnant or residue of a larger amount;<sup>173</sup>
- a conviction is warranted if the amount was measurable or capable of analysis;<sup>174</sup>
- there must be a usable amount;<sup>175</sup>
- an accused who did not know that the pipe he possessed contained a narcotics residue did not "possess" the narcotic;<sup>176</sup>
- the accused intended to possess the pipe but did not intend to possess the unusable trace of narcotic found in the pipe;<sup>177</sup> and

---

<sup>173</sup> *R. v. Quigley* (1954) 111 CCC 81 (Alta CA) and *R. v. McLeod* (1955) 111 CCC 137 (BCCA).

<sup>174</sup> *Bocking v. Roberts* [1974] QB 307 (Eng CA), *R. v. Boyesen* [1982] AC 768 (HL), *R. v. Battie* (1985) 26 CCC (3d) 49 (BC Co Ct), and *R. v. Brett* (1986) 53 CR (3d) 189 (BCCA).

<sup>175</sup> *R. v. Peleshaty*, (1949) 96 CCC 147 (Man CA), and *R. v. Carver* [1978] QB 472 (CA).

<sup>176</sup> *R. v. Overvold* (1972) 9 CCC (2d) 517 (NWT Mag Ct).

<sup>177</sup> *R. v. McBurney*, (1974) 15 CCC (2d) 361 (BCSC).

- a minute trace of a narcotic is evidence only of earlier possession.<sup>178</sup>

*R. v. S.*<sup>179</sup> and *R. v. Cross*<sup>180</sup> are illustrative of *de minimis* being applied in its proper context; after the Crown has proved all essential elements of the offence (including that the accused "possessed" the substance within the meaning of the statute) the issue remains, was the offence too trifling to warrant a finding of guilt?

## 2. Theft

In *R. v. Jacobsen*,<sup>181</sup> the Ontario Court of Appeal applied *de minimis* to quash a guilty plea arising out of the theft of a library book.

However, in *R. v. Li*,<sup>182</sup> the Ontario High Court of Justice in a shoplifting case declared that *de minimis* has no application to the criminal law.

## 3. Assault

Both the Ontario and Saskatchewan Courts of Appeal have applied *de minimis* to excuse trifling assaults.<sup>183</sup>

---

<sup>178</sup> *R. v. McBurney*, (1975) 24 CCC (2d) 44 (BCCA).

<sup>179</sup> (1974) 17 CCC (2d) 181 (Man Prov Ct).

<sup>180</sup> (1976) 14 Nfld & PEI R 22 (Nfld Prov Ct).

<sup>181</sup> (1972) 9 CCC (2d) 59.

<sup>182</sup> (1984) 16 CCC (3d) 382.

<sup>183</sup> *R. v. Wolfe* (1974) 20 CCC (2d) 382 (Ont CA) and *R. v. LePage* (1989) 74 CR (3d) 368 (Sask CA).



### C. Shortcomings of the present law

This review of the case law discloses two important inadequacies in the current state of the law respecting *de minimis non curat lex*.

First, there is a disturbing judicial confusion over the stage during a criminal trial when the *de minimis* excuse should be addressed. In many cases involving possession of liquor and narcotics the real issue before the Courts was whether a minimum quantity of the proscribed substance was required, in order to constitute "possession" within the meaning of the statute. *De minimis* does not apply at this stage in the inquiry; it only comes into play if the trier of fact concludes that the accused did possess the prohibited substance and should be, in all other respects, convicted. Based on the criteria specified in *The "Reward"*, the *de minimis* excuse only applies after the Crown has proven that the accused committed the offence.

Second, notwithstanding several recent judicial pronouncements to the contrary, the weight of authority indicates that *de minimis* is recognized by Canadian courts as an excuse. It was the basis for the Ontario Court of Appeal's acquittals in *Jacobsen* and *Wolfe*, and was explicitly cited as an alternative ground for dismissal by the Saskatchewan Queen's Bench in *LePage*. While the Ontario High Court in *Li* stated that the principle of *de minimis* has no application to the criminal law, the three authorities cited do not support that conclusion:

- in *Quigley*, the Court was dealing with the issue of whether a certain minimum quantity of heroin was required to establish "possession" within the meaning of the *Opium and Narcotic Drug Act*; *de minimis* was not applicable;
- in *Bocking v. Roberts*, the issue again was whether a minimum quantity must be established, and the statement that "de minimis is not to be applied" was entirely appropriate to that stage of the analysis;
- in *Boyesen*, the issue again was whether the statute required a minimum quantity, and *de minimis* did not arise.

## D. Recommendations for reform

### 1. Proposals for reform

The Law Reform Commission of Canada has not recommended that the General Part of the new *Criminal Code* should include an excuse of *de minimis non curat lex*. It is assumed that the common law excuse, to the extent that it does apply today, would survive.

The issue of *de minimis* is not addressed in the Australian *Review of Commonwealth Criminal Law* (July 1990), in the New Zealand *Crimes Bill* (1989) or in the English Law Commission's draft *Criminal Code*.

It is dealt with in the U.S. *Model Penal Code*, as follows:

2.12. The Court shall dismiss a prosecution if, having regard to the nature of the conduct charged to constitute an offense and the nature of the attendant circumstances, it finds that the defendant's conduct: . . .

(2) did not actually cause or threaten the harm or evil sought to be prevented by the law defining the offense or did so only to an extent too trivial to warrant the condemnation of conviction. . . .

### 2. Retaining the excuse of *de minimis*

The traditional arguments advanced in justification of a *de minimis* excuse are that:

- it reserves the application of the criminal law to serious misconduct,
- it protects an accused from the stigma of a criminal conviction and from the imposition of severe penalties for relatively trivial misconduct, and
- it saves the courts from being swamped by an enormous number of trivial cases.

It might be contended that these arguments, however valid historically, are not persuasive today, having regard to the

availability of diversion programs, the discretion not to prosecute, an evolving doctrine of abuse of process, absolute and conditional discharges and pardons.

However, advocates of a *de minimis* excuse would respond that trivial cases do get through all these pre-trial screening devices, and the review of prosecutions referred to above suggests that, even today, inconsequential misconduct does get before the courts.

Similarly, the availability of discharges and pardons is not a complete answer, for two reasons. First, discharges are not available for corporate accuseds, or for accuseds facing an offence "for which a minimum punishment is prescribed by law or an offence punishable, in the proceedings commenced against him, by imprisonment for fourteen years or life."

Second, it is a pre-condition to the granting of a discharge that the accused plead or be found guilty. While the distinction may appear to some subtle, the *de minimis* doctrine would intervene to excuse an accused before a finding of guilt, once the Crown has proved all the constituent elements of the offence beyond a reasonable doubt.

### 3. Codifying *de minimis* in the new *Criminal Code*

The strongest argument for leaving any criminal law defence, excuse or justification to the common law is that it enables courts to develop the principle in the light of changing circumstances. Abuse of process, necessity and entrapment are recent examples.

However, an examination of the judicial development of *de minimis* does not instill confidence in the capacity of the common law to achieve this objective. The courts have frequently sought to examine *de minimis* in deciding whether a minimum quantity of a narcotic is required to prove possession, rather than in deciding whether an accused who has been found in possession of a trivial amount should bear the stigma of conviction or be subjected to criminal law sanctions.



Similarly, the courts appear to be divided as to whether *de minimis* in fact survives as an excuse, at least in relation to certain offences.

The advantages of codifying the excuse are that it would state clearly that the excuse exists, the offences to which it can be applied and the matters which must be established before it can be applied.

#### **4. Judicial discretion**

The Task Force believes that the court's acceptance of a *de minimis* argument should lead to a judicial stay rather than an acquittal, for several reasons.

First, the accused has committed all the essential elements of the offence, and the only reason that a finding of guilt is not made is that the court is exercising its discretion to protect the integrity of the court from frivolous prosecutions. In that sense, it is analogous to the court entering a stay for abuse of process.

Second, the "judicial stay" procedure permits the court to consider a wider range of evidence respecting, for example, the prevalence of the crime charged, and the impact of a stay on general deterrence.

#### **5. Burden of proof**

The Task Force believes that the onus should be on the accused to satisfy the court on the balance of probabilities that a judicial stay of proceedings should be entered. This parallels the Task Force's recommendation on entrapment.

## **XVI. ENTRAPMENT**

### **A. The Task Force's recommendation**

The Task Force recommends that the new *Criminal Code* contain a provision to the following effect:

#### **Entrapment**

##### **20. (1) Where:**

- a. the trier of fact is satisfied that the Crown has proved beyond a reasonable doubt all the essential elements of an offence, and**
- b. the Court is satisfied that the accused has established, on the balance of probabilities, that he or she was entrapped into committing that offence,**

**the Court shall stay the proceedings against the accused respecting that offence.**

##### **(2) Without limiting the generality of subsection (1), entrapment includes committing an offence when the authorities:**

- a. not having a reasonable suspicion that the accused is already engaged in that particular criminal activity, or not acting in the course of a bona fide investigation directed at persons present in an area where it is reasonably suspected that the particular criminal activity is occurring, provide the accused with the opportunity to commit that offence; or**
- b. having a reasonable suspicion that the accused is already engaged in that particular criminal activity, or acting in the course of a bona fide investigation directed at persons present in an area where it is reasonably suspected that the particular criminal activity is occurring, go beyond providing an opportunity and induce the accused to commit that offence.**

## B. The present law

Two recent decisions of the Supreme Court of Canada have set out quite clearly what must be established for entrapment to succeed.

In *Mack v. The Queen*,<sup>184</sup> the accused was charged with possession of narcotics for the purpose of trafficking. He was a previous drug user, with several convictions, but had given up the use of drugs for some time. A former acquaintance, who was also a police informer, approached the accused and repeatedly asked the accused to supply him with narcotics. The informer once took the accused into the woods and demonstrated a hand-gun, which the accused interpreted as a threat.

After repeated urging, the accused agreed to meet the informer because he was terrified of him. At the meeting, the accused was shown a large amount of money by an undercover police officer, who was allegedly representing a drug syndicate. During the next several days the accused purchased 12 ounces of cocaine for the purpose of selling to the syndicate; he was arrested when delivering it to the informer.

The Supreme Court of Canada set aside the conviction, ordered a new trial and entered a stay of proceedings.

For the Court, Mr. Justice Lamer ruled that entrapment does not operate as an exculpatory defence which negatives *mens rea*, nor as a justifying defence such as necessity or duress. Rather, it precludes a conviction based on the need for the court to preserve the purity of the administration of justice and to prevent an abuse of its own processes.

---

<sup>184</sup> (1988) 44 CCC (3d) 513.



Rather than focussing on the accused's pre-disposition to commit the crime, as is the American approach, the court's concern should be the conduct of the police, and whether it threatens to abuse the court's process. The Court stated the general rule as follows:

. . . there is entrapment when,

- (a) the authorities provide a person with an opportunity to commit an offence without acting on a reasonable suspicion that this person is already engaged in criminal activity or pursuant to a *bona fide* inquiry, or
- (b) although having such a reasonable suspicion or acting in the course of a *bona fide* inquiry, they go beyond providing an opportunity and induce the commission of an offence.<sup>185</sup>

The Court also ruled that the question of whether the accused was entrapped should be decided by the judge, not the jury, on a balance of probabilities.

However, before considering whether a stay should be entered because of entrapment, it must be absolutely clear that the Crown has discharged its burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused has committed all essential elements of the offence.

Here, the police conduct was unacceptable. While they had a reasonable suspicion that the accused had (in the past) been involved in criminal conduct, their efforts went beyond providing the accused with an opportunity and induced the commission of an offence.

Three years later the same Court decided *Barnes v. The Queen*.<sup>186</sup> The undercover officer was involved in a "buy-and-bust" operation on the Granville Mall in Vancouver. The officer approached the accused and his friend on the Mall because their scruffy appearance, style of dress and demeanour fit her profile of possible possessors.

---

<sup>185</sup> *Ibid.*, at 559.

<sup>186</sup> (1991) 63 CCC (3d) 1.

The officer asked the accused if he had any "weed"; twice the accused responded negatively. The officer persisted, and the accused then agreed to sell a small amount of *cannabis* resin to the officer for \$15. Shortly after, the accused was arrested and charged with trafficking.

The trial judge entered a stay of proceedings on the basis that the police were engaged in impermissible "random virtue testing", and that accordingly the defence of entrapment had been made out. The Court of Appeal ordered a new trial, to determine whether there had been entrapment in the sense that the officer's conduct went beyond providing an opportunity and induced the commission of an offence.

The Supreme Court of Canada dismissed the accused's appeal. In applying the test set out in *Mack*, the Court found that the police were involved in a *bona fide* inquiry. The police had reasonable grounds for believing that drug-related crimes were occurring throughout the six-block Granville Mall area, and the police may present the opportunity to commit a particular crime to any persons who are associated with a location where it is reasonably suspected that criminal activity is taking place. The notion of being "associated" with a particular area for these purposes does not require more than being *present* in the area.

### C. Recommendations for reform

#### 1. Codifying entrapment

The Task Force is in favour of codifying, in the new *Criminal Code*, a provision which entrenches the "defence" of entrapment.

#### 2. The test for entrapment

The Task Force believes that the law as set out in *Mack* and *Barnes* reflects what the law should be; the recommendation set out above attempts to articulate that test in legislative language.

It will be noted that the Task Force's recommendation limits entrapment to instances where the *authorities* initiate the criminal activity. The Task Force would be reluctant to see entrapment extended to cases where an accused was entrapped by another civilian, for several reasons. First, there appears to be little evidence of such "private sector" entrapment warranting legislative attention at this time. Second, entrapment has historically been a device to protect the Court's process from abuses arising from police misconduct, and there seems to be no sound reason to resile from that position.

Subclauses (2)(a) and (b) of the Task Force's recommendation are intended only as illustrations of conduct which constitutes entrapment. The new *Criminal Code* should leave the door open for expansion of the doctrine of entrapment, as conditions warrant.

### 3. A decision for the court

A majority of the Task Force agrees with the view expressed by the Supreme Court of Canada in *Mack* that the question of whether or not entrapment exists in a specific case should be decided by the court, not the jury. This is consistent with characterizing entrapment as an abuse of the court's process, rather than a negation of *mens rea*.

### 4. Burden of proof

Similarly, a majority of the Task Force agrees with the Supreme Court that there should be an onus on the accused to satisfy the court, on a balance of probabilities, that he or she was entrapped into committing the offence. This is consistent with the position taken by the Task Force on *De Minimis Non Curat Lex*.



As Mr. Justice Lamer stated in *Mack*:

I have come to the conclusion that it is not inconsistent with the requirement that the Crown prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt to place the onus on the accused to prove on a balance of probabilities that the conduct of the state is an abuse of process because of entrapment. I repeat: the guilt or innocence of the accused is not in issue. The accused has done nothing that entitles him or her to an acquittal; the Crown has engaged in conduct, however, that disentitles it to a conviction. . . . [T]he claim of entrapment is a very serious allegation against the state. The state must be given substantial room to develop techniques which assist it in its fight against crime in society. It is only when the police and their agents engage in a conduct which offends basic values of the community that the doctrine of entrapment can apply. To place a lighter onus on the accused would have the result of unnecessarily hampering state action against crime.<sup>187</sup>

---

<sup>187</sup> *Supra*, note 184 at 567-568.

## XVII. COMMON LAW DEFENCES

### A. The Task Force's recommendation

The Task Force recommends that the new *Criminal Code* contain a provision to the following effect:

#### Common law defences

**21. No defence, justification or excuse shall be unavailable unless expressly prohibited by this Code.**

### B. The present rule

Section 8(3) of the present *Criminal Code* states:

Every rule and principle of the common law that renders any circumstance a justification or excuse for an act or a defence to a charge continues in force and applies in respect of proceedings for an offence under this Act or any other Act of Parliament except insofar as they are altered by or are inconsistent with this Act or any other Act of Parliament.

This provision has been in the *Criminal Code* since its inception in 1892. It was necessary because the codifiers made no pretence at attempting to codify all existing common law defences.

Since then, section 8(3) has been relied on in Canada for uncodified defences such as intoxication, automatism, mistake of fact, officially-induced error, necessity, entrapment, *de minimis*, due diligence in the case of strict liability offences and the common law defence of duress for parties to an offence other than the principal offender.

The main advantage of section 8(3) is that it has facilitated a certain degree of growth in the area of common law defences.

### C. Proposals for reform

In developing a new *Criminal Code*, consideration must be given to whether a provision preserving common law defences should be included. There are three possibilities:

1. **remain silent:** it is the stated objective of the Law Reform Commission of Canada to include in the new *Criminal Code* all substantive defences, in the interest of comprehensiveness. Thus, it has not recommended a residual clause for common law defences.

Under this approach, it would be open to an accused to argue that a defence, justification or excuse not specifically provided for in the new *Criminal Code* should be applied, so that he or she would not be deprived of life, liberty or security of the person "except in accordance with the principles of fundamental justice," within the meaning of section 7 of the *Charter*.

2. **include a "principles of fundamental justice" clause:** others argue that, for the sake of comprehensiveness, it would be preferable to include in the new *Criminal Code* a specific reference to section 7 of the *Charter*, as follows:

No person shall be convicted of an offence if such conviction would in all the circumstances of the case constitute a violation of the principles of fundamental justice which violation cannot be reasonably justified in a free and democratic society.

3. **retain a "common law defences" clause:** some believe that the new *Criminal Code* should retain the concept presently embodied in section 8(3).

On balance, the Task Force favours the third option, for several reasons.

First, it is consistent with development of the new *Criminal Code* that, wherever possible, matters be stated explicitly, in the interests of comprehensiveness.



Second, it is preferable that the rule be contained in the new *Criminal Code* itself, rather than incorporating indirectly, and silently, section 7 of the *Charter*.

Third, a broadly-worded "common law defences" provision might permit defences to be argued in circumstances where they might not meet the constraints of section 7 of the *Charter*.

#### **D. Essential elements**

The Task Force recommendation incorporates two important features which should be highlighted.

First, the new provision should permit the courts to give effect to any existing common law defences and to create new common law defences which may arise in the future. Examples of the latter include pathological intoxication, the Vietnam Syndrome and pre-menstrual tension.

Second, any common law defence, justification or excuse should be available, unless expressly prohibited by *the new Criminal Code*. This is significantly different from present section 8(3), which excludes defences which are "altered by or are inconsistent with this Act or any other Act of Parliament."

The *Criminal Code* is our country's principal statement of criminal responsibility, and the Task Force believes that any Parliamentary initiative to curtail common law defences ought to be done by amendment to the *Criminal Code*, not by amendment to any other federal legislation.

## PART V: INCOMPLETE OFFENCES

### XVIII. ATTEMPTS

#### A. The Task Force's recommendation

The Task Force recommends that the new *Criminal Code* contain a provision to the following effect:

#### Attempts

22. (1) Every one who, having an intent to commit an offence, does or omits to do anything for the purpose of carrying out that intention is guilty of an attempt to commit the offence, even if it was factually or legally impossible under the circumstances to commit the offence.
- (2) The question whether an act or omission by a person who has an intent to commit an offence is or is not mere preparation to commit the offence, and too remote to constitute an attempt to commit the offence, is a question of law.
- (3) Except where otherwise expressly provided by law, every one who aids or encourages another person to commit an offence is, if that offence is not committed, guilty of an attempt to commit that offence.

## B. The present law

The statutory definition of attempt first appeared in the 1892 *Criminal Code*. Subject to minor amendments in the 1955 consolidation, it remains substantially the same as when first enacted.

There are two public policy arguments in support of codification of an attempt to commit a crime as constituting a crime. The first is preventive; it allows the State to intervene and terminate dangerous or otherwise serious misconduct at any early stage, thereby avoiding the commission of a more serious criminal offence.

Second, the offender ought to be subjected to criminal law sanctions for having the intent to commit an offence, and for taking steps beyond mere preparation to fulfil that intention.

### 1. The mental element

Section 24(1) imposes liability on everyone who has "an intent to commit an offence". In *Lajoie v. The Queen*, a case of attempted murder, the Supreme Court of Canada interpreted this wording broadly. It observed that murder may be committed if the accused means to cause death, but it may also be committed if the accused means to cause bodily harm knowing that it is likely to cause death and is reckless whether death ensues or not. The Court ruled that any intent that would suffice for the offence of murder would suffice also for an attempt:

If it can be established that the accused tried to cause bodily harm to another of a kind which he knew was likely to cause death, and that he was reckless as to whether or not death would ensue, then, under the wording of s. 210, if death did not ensue an attempt to commit murder has been proved.<sup>188</sup>

---

<sup>188</sup> (1973) 109 CCC (2d) 313 at 317.



A decade later, the Supreme Court of Canada reversed itself, in *R. v. Ancio*,<sup>189</sup> a case of attempted murder where the Crown sought to extend the principle in *Lajoie* to a case of constructive murder. Not satisfied simply to distinguish *Lajoie*, and hold that the principle enunciated there should not be extended to cases of constructive murder, the Court went one step further and repudiated its earlier reasoning in *Lajoie*. Noting that section 24 defines the offence of attempt as "having an intent to commit an offence", Mr. Justice McIntyre added:

The completed offence of murder involves a killing. The intention to commit the complete offence of murder must therefore include an intention to kill. I find it impossible to conclude that a person may intend to commit the unintentional killings described in ss. 212 and 213 of the Code. I am then of the view that the *mens rea* for an attempted murder cannot be less than the specific intent to kill.<sup>190</sup>

Mr. Justice McIntyre recognized that this position would lead to the somewhat illogical result that attempted murder would require a higher level of *mens rea* (i.e. intent) than is necessary for murder itself (i.e. recklessness as to whether death ensues). He found no merit in this argument:

The intent to kill is the highest intent in murder and there is no reason in logic why an attempt to murder, aimed at the completion of the full crime of murder, should have any lesser intent. If there is any illogic in this matter, it is in the statutory characterization of unintentional killing as murder. The *mens rea* for attempted murder is, in my view, the specific intent to kill. A mental state falling short of that level may well lead to conviction for other offences, for example, one or other of the various aggravated assaults, but not a conviction for attempt at murder.<sup>191</sup>

---

<sup>189</sup> (1984) 10 CCC (3d) 385.

<sup>190</sup> *Ibid.*, at 402.

<sup>191</sup> *Ibid.*, at 404.

## 2. *Actus reus*

The thorniest issue to resolve in the law of attempts is where to draw the line between mere preparation and an attempt. In *Secondary Liability - Participation in Crime and Inchoate Offences*,<sup>192</sup> the Law Reform Commission of Canada identified 14 tests which the courts, legislatures and academics have developed in this futile quest to create one all-purpose articulation of the dividing line.

In *R. v. Cline*, Mr. Justice Laidlaw, for the Ontario Court of Appeal, discussed several of these tests, and then went on:

It is my respectful opinion that there is no theory or test applicable in all cases, and I doubt whether a satisfactory one can be formulated. Each case must be determined on its own facts, having due regard to the nature of the offence and the particular acts in question.<sup>193</sup>

He then went on to identify six propositions which he had gleaned from the common law, the last three of which are:

(4) It is not essential that the *actus reus* be a crime or a tort or even a moral wrong or social mischief;

(5) The *actus reus* must be more than mere preparation to commit a crime;

(6) When the preparation to commit a crime is in fact fully complete and ended, the next step done by the accused for the purpose and with the intention of committing a specific crime constitutes an *actus reus* sufficient in law to establish a criminal attempt to commit that crime.<sup>194</sup>

The most recent pronouncement of the Supreme Court of Canada on this issue is in *Deutsch v. The Queen*.<sup>195</sup> Mr. Justice LeDain canvassed the various tests referred to above, and observed that all of them have been pronounced by

---

<sup>192</sup> Working Paper 45, (Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1985).

<sup>193</sup> (1956) 115 CCC 18 at 26.

<sup>194</sup> *Ibid.*, at 29.

<sup>195</sup> (1986) 52 CR (3d) 305.

academic commentators to be unsatisfactory to some degree. He agreed with those who have concluded that no satisfactory general criteria has been, or can be, formulated for drawing the line between preparation and attempt, and that the application of this distinction to the facts of a particular case must be left to common sense judgment. He added:

In my opinion the distinction between preparation and attempt is essentially a qualitative one, involving the relationship between the nature and quality of the act in question and the nature of the complete offence, although consideration must necessarily be given, in making that qualitative distinction, to the relative proximity of the act in question to what would have been the completed offence, in terms of time, location and acts under the control of the accused remaining to be accomplished. I find that view to be compatible with what has been said about the *actus reus* of attempt in this court and in other Canadian decisions that should be treated as authoritative on this question.<sup>196</sup>

Mr. Justice LeDain held that relative proximity may give an act which might otherwise appear to be mere preparation the quality of attempt, whereas an act which on its face is an act of commission does not lose its quality as the *actus reus* of attempt because further acts were required or because a significant period of time may have elapsed before the completion of the offence.

### 3. Abandonment

Section 24 of the *Criminal Code* makes no reference to voluntary desistance or abandonment. What Canadian law there is offers little support for such a defence.

In *R. v. Kosh*, the Saskatchewan Court of Appeal agreed with the trial judge's finding that the accused's acts went beyond mere preparation, and constituted an attempt to break and enter. On the issue of abandonment, the Court accepted that the accused desisted voluntarily, but stated:

In my view, once the essential element of intent is established, together with overt acts towards the commission

---

<sup>196</sup> *Ibid.*, at 323.



of the intended crime, the reason why the offence was not committed becomes immaterial. Once these elements are established, it makes no difference whether non-commission was due to interruption, frustration or a change of mind.<sup>197</sup>

In *R. v. Frankland*,<sup>198</sup> the Ontario Court of Appeal avoided the issue of abandonment by ruling that the accused's desistance after attempting to rape the complainant was relevant to the issue of his intent.

#### 4. Impossibility

Section 24(1) of the *Criminal Code* appears to rule out any defence of impossibility, by stating that:

Everyone who, having an intent to commit an offence, does or omits to do anything for the purpose of carrying out his intention is guilty of an attempt to commit the offence *whether or not it was possible under the circumstances to commit the offence.*

Several Canadian cases discuss impossibility, but none articulate clearly the important distinction between factual and legal impossibility.

In *R. v. Scott*,<sup>199</sup> the accused was caught with his hand in the victim's back pocket. The wallet in that pocket contained valuable papers and a credit card, but no cash. The accused was charged with attempted theft of cash, and was convicted.

The Alberta Court of Appeal upheld the conviction, finding that the accused had the intent to commit the completed offence and did some act toward the accomplishment of that objective. Based on the wording of section 24(1), "the fact that the Crown failed to prove that there was money in [the victim's] pocket cannot, in my view, make the charge bad in law."<sup>200</sup>

---

<sup>197</sup> (1964) 44 CR 185 at 189.

<sup>198</sup> (1985) 23 CCC (3d) 385.

<sup>199</sup> [1964] 2 CCC 257 (Alta CA).

<sup>200</sup> *Ibid.*, at 261.

A similar conclusion was reached in *R. v. Gagnon*.<sup>201</sup> The accused was observed to open the cash register in a store and then, without putting his hand into the cash drawers, leave the store. In entering a conviction on appeal, the Quebec Court of Appeal cited *Scott* with approval.

Finally, in *Detering v. The Queen*,<sup>202</sup> the accused was charged with fraudulently misrepresenting that a customer's car needed a rebuilt transmission, and later fraudulently misrepresenting that he had rebuilt it. The car owner paid for the work, but was not deceived because she was investigating the garage repair business on behalf of the government.

The Ontario Court of Appeal had substituted a conviction for attempted fraud, on the basis that, since the victim was not deceived, the full offence had not been proved.

The Supreme Court of Canada dismissed the appeal. The defence argued that, because the victim was not deceived, the accused could not be convicted of the offence of fraud, and neither could he be convicted of attempting the impossible. Chief Justice Laskin appears to have rejected that argument in the following terms:

Nor do I find cogency in the appellant's submission that if there is impossibility this does not bring any act of the accused closer to realization so as to establish proximity. I read s. 24(1) as making a different distinction, one merely requiring proof of intent and of the accused going beyond mere preparation by making, as in this case, a false representation even though not resulting in full realization of his objective.<sup>203</sup>

---

<sup>201</sup> (1975) 24 CCC (2d) 339 (Que CA).

<sup>202</sup> (1982) 31 CR (3d) 354 (SCC).

<sup>203</sup> *Ibid.*, at 356.

## C. Recommendations for reform

### 1. The mental element

Since *Ancio*, an accused can be convicted of an attempt only if he or she means to commit the completed offence. Thus, even though murder may be committed if the accused means to cause death, or means to cause bodily harm knowing that it is likely to cause death and is reckless whether death ensues, the same accused could be convicted of attempted murder (where the victim does not die) only in the former instance, where he or she means to cause death.

The Task Force agrees with this interpretation, and believes that it is the position which should be adopted in the new *Criminal Code*.

The Law Reform Commission of Canada's 1987 proposal is silent on this issue; it is not specifically dealt with in the clause making an attempt culpable (4(3)), nor is it discussed in the Comment. It appears that the Commission is in favour of retaining the present position, as clause 4(6) states that "No one is liable for furthering or attempting to further any crime which is different from the crime he *meant to further*."

### 2. *Actus reus*

The Task Force agrees with the Supreme Court of Canada's opinion in *Deutsch* and with the views of the Law Reform Commission of Canada<sup>204</sup> that it would be futile to attempt to draft a provision precisely distinguishing between preparation and attempt; it would be preferable to retain the present provision, which gives courts greater flexibility to apply the broad principle to unique fact situations.

---

<sup>204</sup> Report 31, *supra*, note 6 at 45.



### 3. Question of law

The Task Force believes that whether an accused's acts are mere preparation to commit the offence and too remote to constitute an attempt, should be retained as a question of law for the trial judge, not the jury, to decide. It is particularly important that this issue be characterized as a question of law if the new *Criminal Code* does not set out in any detail the distinction between preparation and attempt.

The present rule does not appear to have caused problems in application. In *Canadian Criminal Jury Instructions*, Ferguson and Bouck recommend the following explanation to the jury on this issue:

16. What this means is that it is up to me, as the judge of the law, to decide whether or not the conduct of the accused, if proved, is an attempt. I direct you as a matter of law that if you find that the Crown has proven beyond a reasonable doubt the following conduct [list conduct] then that conduct amounts in law to an attempt, and is not mere preparation.
17. You are the judges of the facts. You, and you alone, must decide whether the accused actually did these things. If he/she did, I have directed you as a matter of law that these acts go beyond mere preparation and would constitute an attempt.<sup>205</sup>

### 4. Abandonment

Only the U.S. *Model Penal Code* recognizes a defence of abandonment.

Several arguments have been made in support of such a defence. A person who abandons a crime is less to blame than one who persists in it, and is less dangerous to the public. Indeed, having a legally-recognized defence of abandonment might induce some offenders to withdraw from the criminal enterprise.

---

<sup>205</sup> 2d ed., Vol.I, (Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1990) at 6.09.

On the other hand, an abandoner is more to blame than one who does not even attempt a crime, and may well have caused public concern, even though the full crime was not committed. Some argue that it would be difficult to tell whether an accused abandoned a crime because of genuine remorse, or because of fear of detection. Those who argue against a defence of abandonment believe that justice is best served by treating desistance as a mitigating factor in sentencing.

On balance, the Task Force favours the latter view.

## 5. Impossibility

In 1985 the Law Reform Commission reasoned<sup>206</sup> that there are really two kinds of factual impossibility and two kinds of legal impossibility:

- a. **factual impossibility arising out of unknown circumstances** - an accused fires a gun at another person but, unknown to the accused, the gun is defective and no bullet is discharged. The accused should be convicted of attempted murder because had the circumstances been as the accused imagined them (*i.e.* that the gun was operational), murder would have occurred. Attempting to steal money from an empty pocket is another example.
- b. **inherent factual impossibility** - attempting to kill another by voodoo is relatively harmless so, although the attempt is no less reprehensible than an attempt using more appropriate methods, it ought not to constitute a crime because it is "inherently impossible" to complete such an offence.
- c. **legal impossibility in the circumstances** - a person who attempts to steal his own umbrella, thinking it belongs to another, ought not to be convicted of a crime. Unlike the case of the pickpocket picking an empty pocket, the completed act of "stealing" one's own umbrella cannot be a crime.

---

<sup>206</sup> *Secondary Liability, supra*, note 192 at 32-33.

- d. inherent legal impossibility** - a person attempts to commit adultery, thinking it to be a crime. Attempting to do that which, at law, is not a crime, cannot itself be a crime.

Two years later the Law Reform Commission in Report 31 modified its view, arguing that no special provision is necessary.<sup>207</sup>

The Task Force is satisfied that the four categories identified by the Commission cover all eventualities, and that criminal liability should attach in the first three instances, but not in the fourth. Consideration should be given to including a provision to the effect that "This section does not apply where an accused attempts to do that which, at law, is not a crime," so long as it is made clear that it does not exempt from liability those who attempt a crime where it is legally impossible in the circumstances to commit the crime (category c).

## **6. Penalty**

The Task Force does not support the Law Reform Commission's recommendation that a person convicted of an attempt to commit a crime be "subject to half the penalty for it."

The issue of penalty for attempts should be left for consideration when the sentencing part of the new *Criminal Code* is developed. Having said that, the Task Force believes that a "one-half" rule is too inflexible; courts need to focus on the moral culpability of the accused, while taking into account the consequences of the offence. Judges should have considerable flexibility in imposing an appropriate sentence, and ought not to be bound by maximum and minimum sentences prescribed by law.

## **7. Parties to attempts**

The Task Force believes that criminal liability should attach to an individual who aids or encourages another person to commit an offence, even though that offence is not committed.

---

<sup>207</sup> *Supra*, note 6 at 28-29.



## PART VI: PARTICIPATION

### XIX. CONSPIRACY

#### A. The Task Force's recommendation

The Task Force recommends that the new *Criminal Code* contain a provision to the following effect:

#### Conspiracy

23. (1) Every one is liable for conspiracy who agrees with another person, whether or not they are married to each other, to commit a *Criminal Code* offence which is indictable or which may be proceeded with by indictment.
- (2) A person does not conspire unless he or she intends to commit an offence described in clause (1).
- (3) A person who abandons a conspiracy to commit an offence described in clause (1), before that offence is attempted or committed, is not liable for the conspiracy.
- (4) In determining whether a person abandoned a conspiracy the Court shall consider all relevant circumstances, including whether the person communicated his or her desistance to the other conspirators or to the authorities, or both.
- (5) Every one who conspires to commit an offence described in clause (1) is liable, even if it was factually or legally impossible under the circumstances to commit the offence.

(6) Subject to diplomatic and other immunity under law, this *Code* applies to, and the Courts have jurisdiction over:

- a. conduct engaged in outside Canada which constitutes a conspiracy to commit a crime in Canada, where the conduct took place on the high seas or in a state where the crime in question is also a crime in that state, and
- b. conduct engaged in inside Canada which constitutes a conspiracy to commit a crime outside Canada if the crime in question is a crime in Canada and in the place where the crime is to be committed.

## B. The present law

### 1. Legislative provisions

General liability for conspiring is established by section 465 of the present *Criminal Code*. In addition, the *Code* contains three specialized conspiracy provisions:

- section 46(2)(c) and (e) and section 46(4): conspiracy to commit treason;
- section 59(3): seditious conspiracy; and
- section 466(1): conspiracy in restraint of trade.

Finally, other federal statutes such as the *Competition Act*, the *Divorce Act* and the *National Defence Act* contain conspiracy provisions.

In 1955, section 408(2) was added to the *Criminal Code*, creating the offence of conspiring "to effect an unlawful purpose or to effect a lawful purpose by unlawful means." The courts quickly authorized the use of this provision to preserve common law conspiracies which extended beyond conspiracies

to commit crimes. However, in *Gralewicz v. R.*,<sup>208</sup> the Supreme Court of Canada, according to Stuart<sup>209</sup>, "finally and firmly slammed the door on all conspiracies other than conspiracies to commit statutory offences."

## **2. Justification for the offence of conspiracy**

Ewaschuk has articulated the rationale for imposing liability for conspiratorial agreements which have not progressed beyond mere preparation, as follows:

[There is an] assumption that a combination of persons acting in concert presents a much greater danger to society than does a single person. Thus, conspiratorial overt acts between two or more persons are criminalized whereas similar overt acts by a single person are not, unless the conduct by the single person amounts to procuring, counselling or inciting an offence which is not later committed.<sup>210</sup>

## **3. Elements of conspiracy**

### **a. Agreement to achieve a common purpose or a particular object**

#### **i. Agreement as the *actus reus* of conspiring**

In *Papalia v. R.; R. v. Cotroni*, Mr. Justice Dickson stated that "the *actus reus* [of conspiracy] is the fact of agreement".<sup>211</sup>

---

<sup>208</sup> [1980] 2 SCR 493.

<sup>209</sup> *Supra*, note 2 at 566.

<sup>210</sup> E.Ewaschuk, *Criminal Pleadings and Practice in Canada*, 2d ed., (Aurora: Canada Law Book, 1987) at 19-2.

<sup>211</sup> [1979] 2 SCR 256 at 276.



## **ii. Achievement of a common purpose**

In the same decision, Mr. Justice Dickson added that the fact of agreement involves a consensus or meeting of minds on the part of the conspirators to effect an unlawful common purpose.

## **iii. Tacit agreement**

While passive acquiescence in, or mere knowledge or discussion of a plan of criminal conduct is insufficient to ground a charge of conspiracy,<sup>212</sup> an

agreement to do a single act in furtherance of a general conspiracy is sufficient to attract liability for criminal conspiracy, so long as the conspirator knows the general nature of the conspiracy and intends to adhere to it.<sup>213</sup>

Agreement may be established by inference from the conduct of the parties,<sup>214</sup> such as where a person's course of conduct establishes tacit acceptance of the offer.<sup>215</sup>

## **iv. Ongoing agreements**

A conspiracy may involve agreements to commit a number of different offences on an ongoing basis.<sup>216</sup>

## **v. Agreement for the purpose of contract**

There is a continuing debate whether an agreement to buy or sell an illegal service or commodity is an appropriate basis to ground a charge of conspiracy. For example, if A contracts to sell a narcotic to B, have they "conspired" to traffic in the

---

<sup>212</sup> *R. v. McNamara (No. 1)* (1981) 56 CCC (2d) (Ont CA).

<sup>213</sup> *Supra*, note 210 at 19-8.

<sup>214</sup> *Paradis v. The King* [1934] SCR 165 (SCC).

<sup>215</sup> *Atlantic Sugar Refineries Company v. A.G. Canada* [1980] 2 SCR 644 (SCC) at 655-656.

<sup>216</sup> *R. v. Bengert et al (No. 5)* (1980) 53 CCC (2d) 481 (BCCA).

sense of agreeing to "achieve a common purpose?" Colvin thinks not:

What stands outside the realm of conspiracy law is a commercial agreement under which the price is the dominant reason for selling. A "contract killer" may therefore not conspire with the persons who purchase his services.<sup>217</sup>

However, in *Sokoloski v. The Queen*,<sup>218</sup> the Supreme Court of Canada found a conspiracy to traffic in a controlled drug where the seller was apprehended while still in possession of the drugs which he had intended to sell. The conspiracy rested on the fact that the seller was aware that the purchaser intended to resell the drugs, and that established a common purpose. Chief Justice Laskin, in dissent, characterized this analysis as "an abuse if not also a distortion of the concept of conspiracy in our law",<sup>219</sup> and subsequent decisions have curtailed its application.<sup>220</sup>

**b. Intention to adhere to the agreement -  
*mens rea***

**i. Intention or purpose**

In *R. v. O'Brien*, the Supreme Court of Canada separated the mental element of conspiracy into two parts, an intent to agree and an intent to carry out the common object:

It is, of course, essential that the conspirators have the intention to agree, and this agreement must be complete. There must also be common design to do something unlawful . . . . Although it is not necessary that there should be an overt act in furtherance of the conspiracy, to complete the crime, I have no doubt that there must exist an intention to put the common design into effect. A common design necessarily involves an intention. Both are synonymous.

---

<sup>217</sup> *Supra*, note 101 at 348.

<sup>218</sup> (1977) 33 CCC (2d) 496.

<sup>219</sup> *Ibid.*, at 498.

<sup>220</sup> *Sheppe v. The Queen* [1980] 2 SCR 22 and *R. v. Kelly* (1984) 41 CR (3d) 56 (Sask CA). But see *Genser v. The Queen* (1986) 27 CCC (3d) 264 (Man CA).

The intention cannot be anything else but the will to attain the object of the agreement.<sup>221</sup>

**ii. Recklessness, negligence and strict liability offences**

There is no Canadian decision on the issue of whether *mens rea* is required to convict a person of conspiracy to commit an absolute or strict liability offence, or one which extends to negligence. In England, in *Churchill v. Walton*,<sup>222</sup> the House of Lords unanimously insisted on *mens rea* for conspiracies to commit absolute responsibility offences.

**c. Knowledge of the general nature of the conspiracy**

A conspirator need not know the identities of the other parties to the common design or the precise details of the agreement, but he or she must have knowledge of all of the substantial elements necessary to the eventual execution of the common scheme.<sup>223</sup>

**d. Agreement between two or more persons**

Although the gist of a conspiracy is an agreement between two or more persons, section 465 has been held to impose liability individually. One person alone can be convicted of conspiring with others and, because evidence against one co-conspirator may not be admissible against another, it is possible that A may be convicted of conspiring with B, even though B is acquitted of conspiring with A.<sup>224</sup>

Although there is no specific provision in the *Criminal Code*, it has been held that a husband and wife cannot conspire with

---

<sup>221</sup> [1954] SCR 666 at 668.

<sup>222</sup> [1967] 1 All ER 497.

<sup>223</sup> *R. v. McNamara*, *supra*, note 212.

<sup>224</sup> *Guimond v. The Queen* (1979) 8 CR (3d) 185 (SCC).



each other. This is because, in legal fiction, they are regarded as a single entity and "are presumed to have but one will." However, it is possible that a husband and wife (as a single entity) can conspire with other parties.<sup>225</sup>

According to Ewaschuk,<sup>226</sup> children under 12 years of age, insane persons and persons with diplomatic immunity (unless waived by their home countries) are deemed incapable of committing conspiracy. Similarly, a person defined as the victim of a crime is deemed not to have conspired to commit that crime.

#### **e. Purpose prohibited by statute**

Section 465(1)(c) and (d) provides that there can be a conspiracy to commit either an indictable offence or an offence punishable on summary conviction. The law is not clear whether the latter is limited to summary conviction offences under the *Criminal Code*, under any federal legislation, or extends to provincial or even municipal infractions.

#### **4. Merger of conspiracy with the substantive offence**

Unlike the inchoate offence of attempt, which merges with the substantive offence once it is committed, an accused can sometimes be convicted of both conspiracy and the completed offence. For example, in *Sheppe v. The Queen*,<sup>227</sup> the accused was convicted of trafficking and conspiracy to traffic. The procedural defence of *res judicata* was not available to the accused because the conspiracy had a wider effect than the substantive offence.

---

<sup>225</sup> *Kowbel v. The Queen* [1954] SCR 498 (SCC).

<sup>226</sup> *Supra*, note 210 at 19-15.

<sup>227</sup> *Supra*, note 220.

## 5. Attempts

In *Dungey v. The Queen*,<sup>228</sup> it was held that there is no such thing as an attempt to conspire to commit another offence. Mr. Justice Dubin stated that it was neither necessary nor desirable to extend the law in that way because such an "attempted conspirator" would most probably be found guilty of inciting the substantive offence. Further, if the purpose of the offence of conspiracy is to prevent the commission of the full offence, there is no point in punishing an act which falls short of conspiracy.

## 6. Abandonment

In *R. v. O'Brien*, the Supreme Court of Canada rejected the defence of abandonment of a conspiracy:

If a person, with one or several others, agrees to commit an unlawful act and later, after having had the intention to carry it through, refuses to put the plan into effect, that person is nevertheless guilty because all the ingredients of conspiracy can be found in the accused's conduct.<sup>229</sup>

## 7. Impossibility

While section 24(1) excludes the defence of impossibility for the inchoate offence of attempt, there is no such exclusion in the *Criminal Code* with respect to conspiracy. Although the question has not been fully argued in any Canadian case, a limited form of the defence was held to be available in *R. v. Chow Sik Wah and Quon Hong*, where the Ontario Court of Appeal stated:

In a prosecution for conspiracy a conviction may not be registered if the operation for the commission of which the accused allegedly conspired would, if accomplished, not have made the accused guilty of the substantive offence.<sup>230</sup>

---

<sup>228</sup> (1980) 51 CCC (2d) 86 (Ont CA).

<sup>229</sup> *Supra*, note 221 at 669.

<sup>230</sup> [1964] 1 CCC 313 at 315.

## 8. Jurisdiction

Section 465(3) expressly provides that a conspiracy in Canada to commit an offence in a foreign country is an offence in Canada. In *Bolduc v. AG Quebec*,<sup>231</sup> it was held that the unlawful act of conspiracy must be an offence in the foreign country as well as in Canada.

Section 465(4) codifies the common law, expressly providing that a conspiracy in a foreign country to commit an offence in Canada is an offence in Canada.

## C. Recommendations for reform

### 1. The offence of conspiracy should be retained

Some argue that the offence of conspiracy should be abolished, on the basis that most criminal conduct would be covered by substantive offences or attempts, and that the additional offence of conspiracy is unnecessary.

Proponents of preserving the offence maintain that it recognizes there is a greater risk of evil happening when two persons agree to commit an offence, it allows for conviction of those who cannot be proved to have done any overt act, and it is a particularly useful tool to combat organized crime, particularly abroad.

On balance, the Task Force agrees with the latter view, and supports retention of the offence of conspiracy. Having said that, the Task Force believes very strongly that there is an urgent need for reform:

- to prevent abuses in the prosecution of conspiracy charges, and
- to deal with evidentiary problems arising from the trial of conspiracy and a substantive offence.

---

<sup>231</sup> [1982] 1 SCR 573.



## 2. *Actus reus*

The Task Force agrees with the Law Reform Commission that the new *Criminal Code* formulation should focus on the "agreement", and avoid phraseology such as "common design", "common purpose" or "joint pursuit of a common objective," which is found in the case law discussed earlier.

The effect of defining conspiracy to include such notions would be to broaden the scope of the offence to include acts in furtherance of the agreement, an extension which is not warranted.

## 3. Indictable offences under the *Criminal Code*

The Task Force believes that the scope of the *Criminal Code* offence of conspiracy should be restricted to agreements to commit only *Code* offences, and only such offences which are indictable or which may, at the Crown's option, be proceeded with by indictment.

The Task Force believes strongly that the conspiracy law should not criminalize agreements to commit less serious federal offences, let alone provincial or municipal offences. Similarly, if Parliament wishes to make it an offence to conspire to commit an offence under another federal statute, such as the *Narcotic Control Act* or the *Competition Act*, these Acts, not the *Criminal Code*, should be suitably amended.

## 4. The mental element

The Task Force believes that the *mens rea* for conspiracy should be an *intent* to agree. Given the earlier recommendation that silence in the *Criminal Code* respecting the mental element signifies that intent is required, no reference to the mental element is necessary.

The Task Force accepts the two-fold aspect of the *mens rea* requirement in *O'Brien*, being an intent to agree and an intent to carry out the common object. This latter aspect should be expressly stated in the new *Criminal Code*.

## 5. Attempts

The Task Force is opposed to the new *Criminal Code* creating an offence of attempted conspiracy. It agrees with the present common law rule, as stated by the Supreme Court of Canada in *R. v. Dungey*.

## 6. Abandonment

The Task Force believes that the new *Criminal Code* should excuse a conspirator who desists from the conspiracy, provided that the abandonment occurs before the substantive offence is attempted or committed.

In the Task Force's view, the principal rationale for a conspiracy offence is to assist the authorities in early detection and thereby prevent the commission of the substantive offence, and the law should encourage a conspirator to desist, and at as early a stage as possible. In this respect there is a qualitative difference between conspiracies and attempts; in the latter case the accused has already taken concrete action to commit the offence, while in the former there is still only an agreement.

Recognizing abandonment in the case of conspiracy places a higher priority on termination of the agreement at an early stage than on punishing, in every case, for having made an agreement to commit a crime.

## 7. Merger of conspiracy and the substantive offence

Strong differences of opinion were expressed within the Task Force as to whether an accused should be liable both for conspiracy to commit an offence, and for committing that offence.

On balance, the Task Force rejected the Law Reform Commission recommendation that merger should apply, and endorsed the present law as stated by the Supreme Court of Canada in *Sheppe*, that an accused may be convicted of both, at least in circumstances where the conspiracy had a wider effect than the substantive offence.

## **8. Impossibility**

The Task Force's recommendation on this issue parallels its proposal for attempts, that conspiracy should be punishable, even if it was factually or legally impossible in the circumstances to commit the substantive offence.

As noted in the section on Attempts, consideration should be given to including a provision to the effect that "This section does not apply where a person conspires to do that which, at law, is not a crime," so long as it is made clear that it does not exempt from liability those who conspire to commit a crime where it is "legally impossible in the circumstances" to commit the crime.

## **9. Penalty**

The Task Force does not endorse the Law Reform Commission recommendation that a person convicted of conspiracy to commit an offence be subject to half the penalty for that offence (clause 4(5)).

For the reasons stated in the section on Attempts, the issue of penalty should be addressed when the sentencing part of the new *Criminal Code* is developed. At that time, established policies of the Canadian Bar Association on sentencing should be given careful consideration.

## **10. Spousal immunity**

The Task Force believes that the new *Criminal Code* should explicitly abolish the "spousal immunity" rule for conspiracy, as being an anachronism.

## **11. Extra-territoriality**

The Task Force recommends adoption of the Law Reform Commission's proposal on jurisdictional rules for conspiracy.



## **XX. PARTIES**

### **A. The Task Force's recommendation**

The Task Force recommends that the new *Criminal Code* contain a provision to the following effect:

#### **Parties**

**24. Every one is a party to and guilty of an offence who:**

- a. actually commits it,**
- b. does or omits to do anything knowing that it will aid any person to commit it, or**
- c. does or omits to do anything with the intent of encouraging any person to commit it.**

### **B. The present law**

#### **1. Historical development**

The law of parties was first codified in 1275, and reflected a well-established body of common law. The essential rules comprising the law of parties, as codified at that time, which remain substantially unchanged today, are as follows:

- i. only the person who actually carried out the criminal act was considered to be a principal offender;**
- ii. the other participants, whether or not they were present, were considered to be accessories; and**
- iii. the other participants were guilty of the same crime as the principal offender and were subject to the same penalties.**

Gradually, elaborate distinctions developed between principals and accessories which reflected various modes of participation in crime. The law distinguished between "principals in the first degree", "principals in the second degree", "accessories before the fact" and "accessories after the fact."

These common law distinctions were abolished in 1892, in the first Canadian *Criminal Code*. Sections 61 to 63 created "parties to an offence", which encompassed all the previous categories except "accessories after the fact."

This approach is substantially retained in sections 21 to 23 of the present *Criminal Code*.

## 2. Secondary liability

A "secondary party" is a person who, through encouragement, aid or inducement, has contributed to the occurrence of an offence which was committed by a principal party. Secondary parties are guilty of the same crime as the principal offender and are subject to the same penalties.

Technically, an accessory after the fact (s. 23) is not a secondary party because he or she contributes to the escape of the offender, rather than to the commission of the offence. Similarly, one who counsels another to commit an offence which is not actually committed (s. 464) is not a secondary party, because there is no act to which the counsellor can be made a party. However, both have traditionally been treated as parties, because they are built upon similar principles and because they supplement the law on secondary participation in crime.

Secondary liability is derivative liability in the sense that it must be grounded upon the *actus reus* of the principal. However, they are independently liable, and a secondary party may be convicted, even if the principal has died, escaped, been convicted of a lesser charge or even been acquitted based on a defence, such as duress, which is not available to the secondary party.

### 3. The party provisions

Section 21(1) states:

21. (1) Every one is a party to an offence who

- (a) actually commits it;
- (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it; or
- (c) abets any person in committing it.

#### a. Principals

A person who actually does or who contributes to the doing of the *actus reus* of an offence with the requisite *mens rea* is commonly referred to as the "principal" or "principal party." The principal actually commits the offence when he or she does a physical act toward the commission of the offence, omits to do an act when under a legal duty to act, or uses an innocent agent to commit an offence.

While a person must normally commit a positive act in order to be a principal to an offence, mere presence in some circumstances may satisfy that requirement, as where a person obstructs or interferes with the lawful use of property by forming part of a human barricade.<sup>232</sup>

#### b. Aiders and abettors

Mewett and Manning<sup>233</sup> describe "aiding" as assisting or helping without necessarily encouraging or instigating the actor.

"Abetting", on the other hand, denotes encouraging, instigating, promoting or inciting the commission of a crime, and has been termed indistinguishable from counselling.

---

<sup>232</sup> *R. v. Mammolita et al* (1983) 9 CCC (3d) 85 (Ont CA).

<sup>233</sup> A. Mewett and M. Manning, *Criminal Law*, 2d ed. (Toronto: Butterworths, 1985) at 46.



It is important to distinguish between aiding and abetting, because each has its own *actus reus* and *mens rea*, and there are defences open to one which are not available to the other.

Although liability for aiding or abetting under section 21 is derived from the *actus reus* of the principal, the act requirements for both relate to the secondary party's own conduct. Section 21(1)(b) does not require that the conduct of the aider actually aided the principal, so long as it was done for that purpose.

It is significant that under section 21 one might aid by act or omission, but abet only by act. It has been suggested that "omits" in section 21(1)(b):

merely refers to the situation where an omission is part of a wider criminal design involving action by other persons. Suppose for example that a chauffeur is directed to pick up a gangster outside of a restaurant, but fails to arrive, leaving the gangster exposed to an attack that would not otherwise have occurred. This would be a case where an omission makes a positive contribution to the offence.<sup>234</sup>

The general rule is that something more than passive presence or mere acquiescence is required to constitute the *actus reus* of both aiding and abetting. In the leading case of *Dunlop and Sylvester v. The Queen*, Mr. Justice Dickson spoke for the majority of the Supreme Court of Canada:

Mere presence at a scene of a crime is not sufficient to ground culpability. Something more is needed:

encouragement of the principal offenders; an act which facilitates the commission of the offence, such as keeping watch or enticing the victim away, or an act which tends to prevent or hinder interference with accomplishment of the criminal act, such as preventing the intended victim from escaping or being ready to assist the prime culprit.<sup>235</sup>

Where a secondary party is under a legal duty to act, his or her failure to act (or passive acquiescence) may be viewed as

---

<sup>234</sup> Stuart, *supra*, note 2 at 504.

<sup>235</sup> (1979) 47 CCC (2d) 93 at 106.

aiding and abetting, in that he or she facilitated the commission of the offence. For example, in *R. v. Nixon*,<sup>236</sup> a police officer breached his duty to prevent an assault on a prisoner and was held liable for aiding and abetting the assault. It may be inferred that the purpose of the failure to act was to aid in the commission of an offence.

In Canada (unlike the United Kingdom) aiders and abettors do not have to be physically or constructively present at the commission of an offence in order to be considered as parties to the offence.

Another significant difference between aiding and abetting is that under section 21(1)(b) an aider must do something "for the purpose of aiding any person", whereas abetting under section 21(1)(c) has no such ulterior *mens rea* component. Colvin concludes that, under section 21(1)(b):

. . . it is insufficient that [the act or omission] be done "with the intent of aiding" and it is therefore insufficient that the actor knew that the conduct would aid. Aiding must have been the *reason* why the actor did what she did.<sup>237</sup>

He adds that normal rules of statutory interpretation would lead one to conclude that under section 21(1)(c) either an intention to encourage or recklessness with respect to encouraging would suffice. However, he cites several authorities for the proposition that intention is required, and observes:

In effect, the traditional principles of secondary liability have here over-ridden the ordinary principles of statutory construction.<sup>238</sup>

The courts have produced an anomalous result when aiding and abetting has been applied to a charge of manslaughter. Despite the courts' general insistence on the importance of *mens rea* in aiding and abetting, it is well-established that the aiding or abetting of an assault which happens to kill will

---

<sup>236</sup> (1990) 57 CCC (3d) 97 (BCCA).

<sup>237</sup> *Supra*, note 101 at 373.

<sup>238</sup> *Ibid.*, at 374.

constitute aiding or abetting of the manslaughter. This is so, even though death was not contemplated.<sup>239</sup>

**c. Parties to a common intention**

Section 21(2) provides that:

Where two or more persons form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and any one of them, in carrying out the common purpose, commits an offence, each of them who knew or ought to have known that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose is a party to that offence.

This applies only in those cases where one of the parties has exceeded the common plan, and a "collateral crime" is committed.

The *actus reus* of section 21(2) is, first, the formation of the unlawful common intention and secondly, the commission of a further offence as a consequence of carrying out the unlawful common intention.

A person may attract liability under section 21(2) for any additional offence committed during the commission of the intended offence, and it is not necessary for the collateral offence to have been pre-planned or that the principal was pursuing precisely the same plan, as long as it is recognizable within the scope of the common purpose.

The *mens rea* under this provision consists of:

- i. an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein, and
- ii. knowledge that the commission of the collateral offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose.

---

<sup>239</sup> *Clutte v. The Queen* [1985] SCR 216 at 229-230.



In *R. v. Logan*,<sup>240</sup> the Supreme Court of Canada struck down the "ought to have known" aspect of section 21(2), as implying an objective test for liability which violated section 7 of the *Charter*.

#### **4. Counselling an offence**

##### **a. Counselling an offence that is committed**

Section 22 imposes liability on one who counsels another person to be a party to an offence. If that other person is afterwards a party to that offence or to another offence that the counsellor knew was likely to be committed in consequence of the counselling, the counsellor is a party to that offence, notwithstanding that it was committed in a way different from that counselled.

Counselling includes procuring, soliciting and inciting. There is a clear overlap with section 21(1)(c), as both relate to encouragement. It is generally understood that encouragement given before the commission of an offence falls under section 22(1) as counselling, and encouragement occurring during the commission of an offence falls under section 21(1)(c) as abetting.

The *mens rea* requirement under section 22(2) for the initial counselling is simply the intention to counsel the offence. However, the courts are divided on this issue and have sometimes concluded that recklessness is sufficient.<sup>241</sup> The *mens rea* requirement for further consequent offences under section 22(2) can be satisfied by full intention, recklessness or objective negligence.

---

<sup>240</sup> (1990) 58 CCC (3d) 391.

<sup>241</sup> *R. v. Kyling* [1970] SCR 953.

### **b. Counselling an offence that is not committed**

Section 464 imposes liability on one who counsels another person to commit an indictable offence, where the offence is not committed.

A counsellor in such circumstances faces a less severe penalty (the same as for an attempt) because, since there is no criminal act committed by a principal party, the counsellor is not considered to be a secondary party.

## **5. Accessories after the fact**

Section 23 imposes liability on one who, "knowing that a person has been a party to the offence, receives, comforts or assists him for the purpose of enabling him to escape."

## **6. Abandonment by a party**

The defence of abandonment is available to an accused charged under either section 21(1) or 21(2).<sup>242</sup> In *R. v. Whitehouse*, it was held that a mere mental change of intention and physical change of place will be insufficient to raise the defence of abandonment and to relieve a person from liability for a further, consequent offence under section 21(2):

[T]here must be timely communication of the intention to abandon the common purpose from those who wish to disassociate themselves from the contemplated crime to those who desire to continue in it. What is "timely communication" must be determined by the facts of each case.<sup>243</sup>

---

<sup>242</sup> *R. v. Kirkness* (1990) 60 CCC (3d) 97 (SCC).

<sup>243</sup> (1941) 15 CCC 65 (BCCA).

### **C. Recommendations for reform**

The Task Force is in favour of retaining the present structure of section 21, rather than introducing the new concept of furthering a crime, as proposed by the Law Reform Commission. Having said that, several reforms are necessary.

#### **1. Aiding**

The *mens rea* of aiding should be specified as "knowing that it will aid", rather than doing something "for the purpose of aiding."

In the Task Force's view, requiring proof of purpose, approximating desire, is too high a test. "Knowing" should be enough to establish criminal liability; as used by the Task Force in defining the mental elements, knowledge requires proof that the accused was virtually certain that the conduct exists or will occur.

#### **2. Encouraging**

The Task Force is recommending that "abetting" be changed to the broader concept of "encouraging", and that it parallel section 21(1)(b) by applying to both acts and omissions.

"Encourages" would be much more readily understood by the public than would "abetting". Further, to be consistent with clause (b) and with the Task Force's general views on culpability, a person should be criminally liable for encouraging another to commit a crime only if he or she does the act with the intent of encouraging the other person.

#### **3. Common intention**

The Task Force recommends that section 21(2) be repealed. It is inconsistent with the principle underlying the Task Force's general approach to criminal liability, that people should be liable only for their own subjective fault.



#### **4. Counselling an offence which is committed**

As a consequence of re-drafting clause (c) as proposed above, section 22 of the present *Code* is unnecessary and should be repealed, for two reasons. First, "counselling" is caught by "encouraging". Second, section 22(2) is inconsistent with the Task Force's view that criminal liability should attach only where there is subjective fault.

#### **5. Counselling an offence which is not committed**

The Task Force recommends that section 464 be repealed, as liability will attach to a counsellor under clause (c), whether or not the offence is actually committed.

#### **6. Accessory after the fact**

The Task Force recommends that section 23 be repealed, and agrees with Stuart that:

The offence is better considered along with offences relating to obstruction of justice. There is an argument for not continuing the notion of derivative responsibility which attaches the responsibility of the accessory after the fact and certainly its penalty to the liability of the principal.<sup>244</sup>

---

<sup>244</sup> *Supra*, note 2 at 522.

## PART VII: MULTIPLE CONVICTIONS

### XXI. DOUBLE JEOPARDY

#### A. The Task Force's recommendation

The Task Force recommends that the new *Criminal Code* contain a provision to the following effect:

#### Multiple convictions

25. No person shall be convicted twice for the same delict.

#### B. Comment

"Double jeopardy" has several constituent parts:

1. Special pleas:
  - a. *Autrefois acquit*;
  - b. *Autrefois convict*; and
  - c. Pardon;
2. Rule against multiple convictions referred to as the *Kineapple* principle;
3. Procedural unfairness involved in splitting the Crown's case; and
4. *Res judicata*; issue estoppel.

The Task Force examined these issues in some detail, but concluded that most of them were procedural in nature, and do not belong in the General Part of the new *Criminal Code*.

However, the Task Force does believe that there should be a general statement of the rule against double jeopardy in the General Part.

## PART VIII: SUMMARY OF RECOMMENDATIONS

The Canadian Bar Association's Criminal Code Recodification Task Force recommends that the General Part of the new *Criminal Code* contain provisions to the following effect:

### DECLARATION OF PURPOSE AND PRINCIPLES

WHEREAS the purpose of the criminal law is to ensure the protection and security of all members of Canadian society;

AND WHEREAS that purpose is fulfilled by setting standards which represent the limits of acceptable conduct and by proscribing culpable conduct which falls outside those limits;

AND WHEREAS the criminal law should be used in a manner which least interferes with the rights and freedoms of individuals;

AND WHEREAS the purpose of the *Criminal Code of Canada* is to set out the principles of the criminal law in a single document;

It is declared that the following principles will guide the interpretation and application of the *Criminal Code of Canada*:

- (a) no one shall be criminally sanctioned unless that person has the requisite wrongful state of mind;
- (b) the criminal law should only be resorted to when other means of social control are inadequate or inappropriate;



- (c) persons who commit crimes must bear the responsibility for their actions;
- (d) the criminal law is to be administered in a fair and dispassionate manner while recognizing the principles of tolerance, compassion and mercy that are integral values of Canadian society.

#### **Principle of legality**

1. No one is criminally liable for conduct that, at the time of its occurrence, was not an offence under this *Code* or under any other Act of the Parliament of Canada.

#### **Criminal liability**

2. Except where otherwise specifically provided, no one is criminally liable for an offence unless that person engages in the prohibited conduct, with the required blameworthy state of mind, in the absence of a lawful justification, excuse or other defence.

#### **Prohibited conduct**

3. Prohibited conduct consists of an act, omission or state of affairs committed or occurring in specified circumstances or with specified consequences.

#### **Omissions**

4. No one is liable for an omission unless:
  - (a) that person fails to perform a duty imposed by this Act, or
  - (b) the omission is itself defined as an offence by this Act.

### **Causation**

5. (1) A person causes a result when that person's acts or omissions significantly contribute to the result.
- (2) A person may significantly contribute to a result even though that person's acts or omissions are not the sole cause or the main cause of the result.
- (3) No one causes a result if an independent, intervening cause so overwhelms that person's acts or omissions as to render those acts or omissions as merely part of the history or setting for another independent, intervening cause to take effect.

### **Conscious involuntary conduct**

6. (1) No one is liable for prohibited conduct which, although conscious, is involuntary.
- (2) Prohibited conduct is involuntary if it was not within one's ability physically to control. Without limiting the generality of the foregoing, this includes:
- (a) a spasm, twitch or reflex action,
  - (b) an act or movement physically caused by an external force, and
  - (c) an omission or failure to act as legally required due to physical impossibility.
- (3) This section does not apply to conscious involuntary conduct due to provocation, rage, loss of temper, mental disorder, voluntary intoxication or automatism.
- (4) If the involuntary prohibited conduct occurred because of a person's prior,

**voluntary blameworthy conduct, then that person may be held liable for that prior blameworthy conduct.**

### **Automatism**

**7. (1) No one shall be convicted of an offence where the prohibited conduct occurred while that person was in a state of automatism.**

**(2) For the purposes of this section, automatism means unconscious, involuntary behaviour whereby a person, though capable of action, is not conscious of what he or she is doing, and includes unconscious, involuntary behaviour of a transient nature caused by external factors such as:**

- (a) a physical blow,**
- (b) a psychological blow from an extraordinary external event which might reasonably be expected to cause a dissociative state in an average, normal person,**
- (c) inhalation of toxic fumes, accidental poisoning or involuntary intoxication,**
- (d) sleepwalking,**
- (e) a stroke,**
- (f) hypoglycaemia,**
- (g) a flu or virus, and**
- (h) other similar factors.**

**(3) Subsection (1) does not apply to automatism which is caused by:**

- (a) mental disorder,**



- (b) voluntary intoxication, or
  - (c) fault as defined in subsection (5).
- (4) For the purposes of this section, automatism is caused by mental disorder when the unconscious, involuntary behaviour arises primarily from an internal, subjective condition or weakness in the accused's own psychological, emotional or organic make-up, including dissociative states caused by the ordinary stresses and disappointments of life.
- (5) Notwithstanding subsection (1), automatism is not a defence:
- (a) to an intentional offence if a person voluntarily induces automatism with the intention of causing the prohibited conduct of that offence,
  - (b) to a knowledge offence if a person voluntarily induces automatism knowing that it is virtually certain that he or she will commit the prohibited conduct of that offence while in that state of automatism, or
  - (c) to a reckless offence if a person voluntarily induces automatism notwithstanding the fact that the person is aware of a risk that he or she will commit the prohibited conduct of that offence while in that state of automatism, and it is highly unreasonable to take that risk.

#### **Mental elements of an offence**

8. (1) For the purposes of criminal liability, the mental elements of an offence are:
- (a) intent,

(b) knowledge, and

(c) recklessness.

#### **Intent**

- (2) A person acts intentionally with respect to prohibited conduct when the person wants it to exist or occur.

#### **Knowledge**

- (3) A person acts knowingly with respect to prohibited conduct when the person is virtually certain that it exists or will occur.

#### **Recklessness**

- (4) A person acts recklessly with respect to prohibited conduct when, in the circumstances actually known to the person:
- (a) the person is aware of a risk that his or her act or omission will result in the prohibited conduct, and
  - (b) it is highly unreasonable to take the risk.

#### **Prescribed state of mind applies to all aspects of prohibited conduct**

- (5) When the law defining an offence prescribes the state of mind required for the commission of an offence, without distinguishing among aspects of the prohibited conduct, that state of mind shall apply to all aspects of the prohibited conduct of the offence, unless a contrary intent plainly appears.

**Residual rule**

- (6) Where the definition of a crime does not explicitly specify the requisite state of mind, it shall be interpreted as requiring proof of intent.
- (7) Where the definition of a crime requires knowledge, a person may be liable if the person acts or omits to act intentionally or knowingly as to one or more aspects of the prohibited conduct in that definition.

**Greater culpability requirement satisfies lesser**

- (8) Where the definition of a crime requires recklessness, a person may be liable if the person acts, or omits to act, intentionally or knowingly as to one or more aspects of the prohibited conduct in that definition.

**Mistaken belief in facts**

- 9. No person is liable for an offence committed through lack of knowledge which is due to mistake or ignorance as to the relevant circumstances; but where on the facts as the person believed them he or she would have committed an included offence, the person shall be liable for committing that included offence.

**Caution respecting belief**

- 10. A court or jury, in determining whether a person had a particular belief in a set of facts, shall have regard to all the evidence including, where appropriate, the presence or absence of reasonable grounds for having that belief.
- 11. No one is criminally liable for conduct if, through disease or mental disability, the person at the time:
  - (a) was incapable of appreciating the nature or consequences of such conduct, or



- (b) believed what he or she was doing was morally right, or
- (c) was incapable of conforming to the requirements of the law.

#### **Defence of the person**

12. (1) Every person is justified in using, in self-defence or in the defence of another, such force as, in the circumstances as that person believes them to be, it is reasonable to use.

#### **Excessive force**

- (2) A person who uses excessive force in self-defence or in the defence of another and thereby causes the death of another human being is not guilty of murder, but is guilty of manslaughter.

#### **Defence of property**

13. (1) A person is justified in using such force as, in the circumstances which exist or which the person believes to exist, is reasonable:
- (a) to protect property (whether belonging to that person or another) from unlawful appropriation, destruction or damage, or
  - (b) to prevent or terminate a trespass to that person's property.
- (2) In no circumstances is it reasonable, in defence of property, to intend to cause death.

**Necessity**

14. (1) No one is criminally responsible for acting to avoid harm to oneself or another person or to avoid immediate serious damage to property, if the danger which he or she knows or believes to exist is such that in all the circumstances (including any of his or her personal characteristics that affect its gravity) he or she cannot reasonably be expected to act otherwise.
- (2) Clause (1) does not apply to anyone who has knowingly and without reasonable excuse exposed himself or herself to the danger.

**Duress**

15. No one is liable for committing a crime in response to a threat of harm to oneself or another person if the threat is one which in all the circumstances (including any of his or her personal characteristics that affect its gravity) he or she cannot reasonably be expected to resist.

**Intoxication**

16. (1) No person is liable for a crime for which, by reason of intoxication, the person fails to satisfy the culpability requirements specified by its definition.
- (2) Clause (1) does not apply where the voluntary consumption of an intoxicant is a material element of the offence charged.
- (3) Notwithstanding clause (1), a person charged with a Schedule 1 offence who would, but for voluntary intoxication, be found guilty of that offence shall instead be found guilty of the included offence of criminal intoxication.

- (4) A person found guilty under clause (3) is liable to the same punishment as if found guilty of an attempt to commit the offence charged.

#### **Mistake of law**

17. No one is liable for a crime committed by reason of mistake or ignorance of law:
- a. concerning private or other civil rights relevant to that crime, or
  - b. resulting from:
    - i. ignorance of the existence of the law, where the law has not been published or otherwise reasonably made known to the public or persons likely to be affected by it,
    - ii. reasonable reliance on a judicial decision, or
    - iii. reasonable reliance on a statement by a judge, government official or person in authority.

#### **Provocation**

18. (1) An accused is provoked if, as a result of another's act or statement, the accused loses self-control where a person in the accused's situation, under the circumstances as the accused believes them to be, would lose self-control.
- (2) An accused who, while provoked:
- a. commits murder, shall be convicted of manslaughter, and



- b. commits any offence included in the Schedule, shall be convicted of committing that offence under provocation, and shall be liable to half the penalty of the offence charged.

#### Trivial violations

19. Where the Crown has proved all the essential elements of an offence the Court may, before a finding of guilt is entered, stay the proceedings against the accused with respect to that offence, where the accused satisfies the Court on the balance of probabilities that, having regard to the nature of the conduct and all the attendant circumstances, the violation was too trivial to warrant a finding of guilt, the entering of a conviction or the imposition of a criminal sanction.

#### Entrapment

20. (1) Where:

- a. the trier of fact is satisfied that the Crown has proved beyond a reasonable doubt all the essential elements of an offence, and
- b. the Court is satisfied that the accused has established, on the balance of probabilities, that he or she was entrapped into committing that offence,

the Court shall stay the proceedings against the accused respecting that offence.

- (2) Without limiting the generality of subsection (1), entrapment includes committing an offence when the authorities:

- a. not having a reasonable suspicion that the accused is already engaged in that particular criminal activity, or not acting in

the course of a bona fide investigation directed at persons present in an area where it is reasonably suspected that the particular criminal activity is occurring, provide the accused with the opportunity to commit that offence; or

- b. having a reasonable suspicion that the accused is already engaged in that particular criminal activity, or acting in the course of a bona fide investigation directed at persons present in an area where it is reasonably suspected that the particular criminal activity is occurring, go beyond providing an opportunity and induce the accused to commit that offence.

#### Common law defences

- 21. No defence, justification or excuse shall be unavailable unless expressly prohibited by this *Code*.

#### Attempts

- 22. (1) Every one who, having an intent to commit an offence, does or omits to do anything for the purpose of carrying out that intention is guilty of an attempt to commit the offence, even if it was factually or legally impossible under the circumstances to commit the offence.
- (2) The question whether an act or omission by a person who has an intent to commit an offence is or is not mere preparation to commit the offence, and too remote to constitute an attempt to commit the offence, is a question of law.
- (3) Except where otherwise expressly provided by law, every one who aids or encourages another person to commit an offence is, if that offence is not committed, guilty of an attempt to commit that offence.

### Conspiracy

23. (1) Every one is liable for conspiracy who agrees with another person, whether or not they are married to each other, to commit a *Criminal Code* offence which is indictable or which may be proceeded with by indictment.
- (2) A person does not conspire unless he or she intends to commit an offence described in clause (1).
- (3) A person who abandons a conspiracy to commit an offence described in clause (1), before that offence is attempted or committed, is not liable for the conspiracy.
- (4) In determining whether a person abandoned a conspiracy the Court shall consider all relevant circumstances, including whether the person communicated his or her desistance to the other conspirators or to the authorities, or both.
- (5) Every one who conspires to commit an offence described in clause (1) is liable, even if it was factually or legally impossible under the circumstances to commit the offence.
- (6) Subject to diplomatic and other immunity under law, this *Code* applies to, and the Courts have jurisdiction over:
- a. conduct engaged in outside Canada which constitutes a conspiracy to commit a crime in Canada, where the conduct took place on the high seas or in a state where the crime in question is also a crime in that state, and



- b. conduct engaged in inside Canada which constitutes a conspiracy to commit a crime outside Canada if the crime in question is a crime in Canada and in the place where the crime is to be committed.**

#### **Parties**

**24. Every one is a party to and guilty of an offence who:**

- a. actually commits it,**
- b. does or omits to do anything knowing that it will aid any person to commit it, or**
- c. does or omits to do anything with the intent of encouraging any person to commit it.**

#### **Multiple convictions**

- 25. No person shall be convicted twice for the same delict.**

## ANNEX "A"

**LIST OF DISCUSSION PAPERS**

The Task Force commissioned the following discussion papers:

1. Actus Reus and Automatism, by Gerry Ferguson; February 1992.
2. The Fault Element, by Gil D. McKinnon; April 1991.
3. Mistake of Fact, by Gil D. McKinnon; May 1991.
4. Defence of the Person, by Keith R. Hamilton; March 1991.
5. Defence of Property, by John Williams; February 1992.
6. Necessity, by Sharon Samuels and Gil D. McKinnon; December 1991.
7. Drunkenness, by Keith R. Hamilton; August 1991.
8. Mental Disorder, by Gil D. McKinnon; June 1992.
9. Mistake of Law, by Sharon Samuels and Gil D. McKinnon; December 1991.
10. The Excuse of Duress, by George K. Bryce; December 1991.
11. De Minimis Non Curat Lex, by Keith R. Hamilton; December 1991.
12. Entrapment, by Manitoba Working Group; November 1991.

13. Criminal Attempts, by Keith R. Hamilton; February 1992.
14. Conspiracy, by Sharon Samuels and Gil D. McKinnon; March 1992.
15. Parties, by Sharon Samuels and Gil D. McKinnon; February 1992.
16. Common Law Defences, by Gerry Ferguson, March 1992.
17. Double Jeopardy, by Clyde Bond, May 1992.



## APPENDIX "CODE-7"

### SUBMISSION TO THE PARLIAMENTARY SUBCOMMITTEE ON RECODIFICATION OF THE CRIMINAL LAW

---

# MENTAL DISORDER, DIMINISHED RESPONSIBILITY AND AUTOMATISM

---

Professor Gerry Ferguson  
Faculty of Law  
University of Victoria

October, 1992

## **Table of Contents**

- I. INTRODUCTION
- II. SCOPE OF THE MENTAL DISORDER DEFENCE
  - A. Include Volitional Incapacity
  - B. The Meaning of Wrong
  - C. The Meaning of "Mental Disorder"
  - D. Mental Disorder and Automatism
  - E. Nature and Quality Versus Nature and Consequences
- III. ONUS AND QUANTUM OF PROOF
  - A. Introduction and Recommendation
  - B. Historic Anomaly
  - C. Illogical and Unfair
  - D. Policy Arguments
- IV. DIMINISHED RESPONSIBILITY
- V. IMPOSING THE INSANITY DEFENCE ON AN UNWILLING ACCUSED
- VI. CAPPING
- VII. HOSPITAL ORDERS
- VIII. AUTOMATISM

## I. INTRODUCTION

1. On October 14, 1991 I appeared as a witness before the Standing Committee on Justice and the Solicitor General in regard to Bill C-30 (Mental Disorder). At that time, I recommended a number of changes to Bill C-30 in regard to the mental disorder defence. Members of the Standing Committee considered my suggestions with interest, but suggested that they should be carefully considered at the time the Subcommittee looked at recodification of the Criminal Code. I am pleased to submit these ideas for your consideration.
2. I should also like to add that I was a member of the CBA Task Force Report on "Principles of Criminal Liability: Proposals for a New General Part of the Criminal Code". I am in agreement with the position which the CBA Task Force takes in regard to the defence of mental disorder, but I have some further additions and elaborations to make.

## II. SCOPE OF THE MENTAL DISORDER DEFENCE

### A. Include Volitional Incapacity

3. Bill C-30 (which was proclaimed in force, February 4, 1992) abolished s. 16 and replaced it with a revised s. 16. The revised s. 16 modernizes the language of s. 16 but does not broaden the scope of the mental disorder defence. Section 16 is currently restricted to cognitive incapacity. To exclude volitional incapacity from the scope of s. 16 is contrary to principles of fundamental justice. Therefore I recommend that s. 16 be amended by adding:

"or incapable of conforming to the requirements of the law"



This same recommendation is also made in the CBA Task Force Report (p. 59 and 68-69).

Comments:

4. The Law Reform Commission of Canada notes that "the defence of insanity rests on the fundamental moral view that insane persons are not responsible for their actions and are not therefore fit subjects for punishment." I agree. But why are they not responsible? The answer to that question will provide the proper parameters or scope for the mental disorder defence. Unfortunately, the Commission did not directly pursue the answer to that question (although they were not unaware of the answer).
5. Put simply, our principles of criminal law and criminal sanctions are based on an assumption about human nature – the assumption that human beings are rational and autonomous. We have the capacity to reason right from wrong, and the capacity to choose right or wrong. These assumptions may be incorrect, but they are, and are likely to remain, the theoretical basis of our criminal law. It is these dual capacities – reason and choice -- which give moral justification to imposing criminal responsibility and punishment on offenders. If a person can reason right from wrong and has the ability to choose right or wrong, then attribution of responsibility and punishment is morally justified or deserved when that person consciously chooses wrong. The Supreme Court has frequently acknowledged the necessity of both capacities – reason and choice – as the foundation for criminal responsibility and punishment. For example, in Swain, Lamer C.J.C. stated (at C.C.C. 205) that "one of the basic assumptions of our criminal law model" is "that the accused is a rational autonomous being who is capable of appreciating the nature and quality of an act and of knowing right from wrong."

McLachlin, J. (dissenting) makes similar comments in Chaulk at C.C.C. 262-63. Impairment of the capacity to choose is recognized in other defences: automatism, provocation, necessity, duress. It should also be recognized in the mental disorder defence.

6. If criminal law is based on a conception of human beings as rational and autonomous individuals, then both conditions – reason and will – are relevant to attributing criminal responsibility to an individual. It is the ability to reason (right from wrong) and the ability to choose (to do right or wrong) which provides the moral justification for imposing criminal responsibility and punishment. If there is no ability to reason, or no ability to choose, then responsibility for one's conduct is impossible to establish and punishment for that conduct would be immoral. It is for this reason that the mental disorder test must include, at least on philosophic grounds, some consideration of both cognitive and volitional impairment.
7. The law does not assume that everyone has the same capacity to reason, to choose or to control their conduct. However, provided a minimal capacity for reason and control exists, every citizen is expected to conform his or her behaviour to the requirements of the law. When a citizen possesses the minimum required capacities for reason and control yet fails to control his or her conduct, responsibility can be assigned and punishment can be imposed as a just dessert for this failure. As reasoning human beings, we are expected to control our conduct and to resist the inclination to act illegally during states of anger, jealousy, greed, etc.
8. Since the mental disorder defence results in total exemption from criminal liability, the level of impairment warranting a finding of insanity ought to be set at a level where it is *unreasonable* to attribute *any* blame to the accused for failing to conform to the requirements of the law. For lesser

impairments, where it is reasonable to attribute *some* blame to the accused (though not total blame), I favour a system of diminished responsibility.

9. Bill C-30 failed to add volitional impairment as part of the mental disorder test. In the government's *Discussion Paper* (1983), a wide range of possible mental disorder tests were canvassed, including the volitional impairment test. In its *Final Report* (1985), the government recommended "that for the time being the current insanity test be retained," subject to minor word changes.
10. The government's conclusions are based on two factors:
  - (i) there is some evidence that the precise wording of the mental disorder defence is largely irrelevant; that judges and juries largely ignore the precise wording of the test and apply a more general, intuitive standard;
  - (ii) the government's consultations with psychiatrists, provincial governments, provincial mental health review boards and various law and mental health associations revealed that "views were quite diverse" on the appropriate test, (although there was "significant support" for including volitional impairment) and "many groups made strong representation that further review is necessary."
11. Thus, the government concluded that the current insanity test should be retained, in light of "the disparity of views", and the fact that there is no conclusive evidence that broadening the insanity test to include volitional impairment would alter what judges and juries already do.
  - (i) It is true that there is some evidence (mostly from the United States) that the precise wording of the insanity defence may be largely irrelevant, but that evidence is neither extensive, nor very conclusive; it is a pity that neither the LRCC nor the government has conducted



any empirical examination of that question with judges and/or mock juries.

- (ii) If it is true that the precise wording is largely irrelevant, then why not extend the insanity test to volitional impairment; at least then it would be theoretically or morally sound, even if the practical results were largely the same.
- (iii) The fact that the government found that views on the proper scope of the insanity test were "quite diverse" is not, by itself, a very compelling reason to recommend that the current insanity defence be retained; there is no evidence that the current test is more acceptable to lawyers or psychiatrists than an insanity test which includes volitional impairment.

12. There is a concern that psychopaths may be too easily found not guilty by reason of insanity based on volitional incapacity. By 1980, volitional impairment was included in the insanity defence of 28 states and 10 of the 11 federal district circuits. In Australia, volitional impairment is included in the Criminal Code in the three code states and recognized at common law in the three non-Code states. In none of these jurisdictions has the concern that psychopaths will be too easily found not guilty by reason of insanity actually occurred.

13. Another concern is that judges and juries are incapable of distinguishing between persons who are incapable of conforming to the requirements of law and those who are capable of so conforming but simply choose not to conform (or as the LRCC says: "the difficulty of distinguishing impulses which are irresistible from those which are merely unresisted"). I agree that making this distinction will not always be easy. But I do not agree that

judges or juries are incapable of distinguishing between cases of incapacity to conform and wilful or reckless failure to conform.

- (i) the incapacity to conform must arise from a mental disorder, thus there will be expert psychiatric or psychological evidence on this point for the benefit of the judge or jury;
- (ii) judges and juries are frequently called upon to decide upon the mental state or ability of the accused; in most crimes, the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the accused had a particular mental state at the time of the offence – e.g. intention, knowledge, purpose or recklessness. Since the judge or jury cannot crawl inside the mind of the accused, the judge or jury must decide what was in the mind of the accused by drawing reasonable inferences from what the accused said and did, and from all the other circumstances surrounding the commission of the offence.

The same process can and will apply to determining incapacity to conform to the requirements of the law.

14. As a purely political choice, leaving the mental disorder defence unchanged may be an attractive option. There may be little or no public sympathy for widening the mental disorder defence. Including volitional impairment in the mental disorder defence could easily be characterized by the media as "going soft" on dangerous criminals. The public sometimes meets a not responsible due to mental disorder verdict with incredulity – with a sense that the accused somehow "got off" or "beat the system".

However, I think these misconceptions should not be carried into the Parliamentary process and serve as an obstacle to recognizing within the mental disorder defence the dual, morally required capacities of criminal responsibility – cognition and volition.

## B. The Meaning of Wrong

15. I recommend that section 16 be amended to make it clear that the word "wrong" in section 16 includes both legally and morally wrong. This can be achieved by redrafting section 16 or by including a definition of "wrong" in section 2 of the Criminal Code. I prefer the former approach (as did the LRCC in their minority recommendation in Report 31). The Canadian Bar Association Task Force also adopts this approach (at p. 59 of its Report).

16. Section 16 redrafted might read as follows:

No one is criminally responsible for conduct if, due to mental disorder at the time of that conduct, the person

- a) was incapable of appreciating the nature, consequences or legal wrongfulness of that conduct; or
- b) believed what he/she was doing was not morally wrong; or
- c) was incapable of conforming to the requirements of the law.

### Comments:

17. In Schwartz (1976), 29 C.C.C. (2d) 1, the Supreme Court of Canada held that the word "wrong" in section 16 means legally wrong, not morally wrong. In Chaulk (1990), 62 C.C.C. (3d) 393, the Supreme Court overruled Schwartz and held that "wrong" means "morally wrong" in the sense of being wrong by the ordinary moral standards of reasonable persons.

18. For both clarity and comprehensiveness, the legislative definition of the mental disorder defence should include both legally and morally wrong, not one or the other.

19. The Supreme Court's view that "morally wrong" should be measured by the objective standards of reasonable persons is unfair and inappropriate. According to the Supreme Court in Chaulk, the accused can not be acquitted



on the grounds of insanity if he/she was capable of knowing that his/her conduct would be considered wrong in the eyes of ordinary persons even though he/she personally believes that such conduct is not morally wrong.

20. This test of objective morality is inappropriate and unfair because it expects a mentally disordered person to act logically and rationally like other reasonable persons would, at a time when that person's mental processes, perceptions and judgements are impaired by mental disorder.
21. In my opinion, the Law Reform Commission in Working Paper 29 aptly summarized why the test for wrong should include what the accused believed was wrong:

"First, common-law tradition, it seems, saw 'wrong' as meaning 'morally wrong' and contrary interpretations are of recent vintage. Second, the term 'wrong' in the analogous rule about children - that children between seven and fourteen cannot be convicted unless they appreciate that their conduct was wrong - has generally been taken to refer to moral wrongfulness. Finally, and most important, the key point to remember is that in such situations the accused suffers from disease of mind. This being so, to inquire how far he knew the law makes little sense. What matters are his motives and his overall perception of the permissibility of his action. The question for the jury is whether mental illness so obstructed the thought processes of the accused as to make him incapable of knowing that his acts were morally wrong. The argument is sometimes advanced that a moral test favours the amoral offender and that the most favoured will be he who had rid himself of all moral compunction. This argument overlooks the fact of disease of the mind. If, as a

result of disease of the mind, the offender has lost completely the ability to make moral distinctions and acts under an insane delusion, it can well be said that he should not be criminally accountable."

It is also worth noting that M'Naghten's Case had it right on this point, when the judges stated: "If the accused was conscious that the act was one which he ought not to do, and if that act was at the same time contrary to the law of the land, he is punishable." There is no suggestion that the accused must do what he thinks others might think is right, rather than what he personally believes is right!

22. In *Report 31*, a majority of the LRCC agreed upon the "legally wrong" option. A minority of the Commissioners would have added the morally wrong test on the basis that "although in general a person cannot be allowed to substitute his views of right and wrong for those contained in the law, nevertheless a mentally disordered person who acts as he does because he thinks it morally right to do so, merits treatment rather than punishment." The majority gave no explanation for why it adopted the legally wrong test, nor did it provide any rebuttal in regard to the arguments which favour inclusion of the morally wrong test. [Likewise the federal government in its 1984 Report on Mental Disorder gave no reason for not including morally wrong in the definition of insanity.]

#### C. The Meaning of "Mental Disorder"

23. Bill C-30 replaced the words "natural imbecility or disease of the mind" in section 16 of the Code with the words "mental disorder". Bill C-30 also defined mental disorder as "a disease of the mind". Natural imbecility was

included in the original section 16 to ensure that the benefit (or burden) of the insanity defence was available to mentally retarded persons (who, at least in medical terms, do not have "a disease"). Although the Supreme Court of Canada in Cooper and Rabey has given a broad definition to "disease of the mind" [broad enough presumably to include mental retardation or disability] it would be safer to define mental disorder as "disease of the mind or mental disability", and thereby make it clear that mental disability [retardation] is included within the insanity defence. This recommendation is also found in the CBA Task Force Report at 60-61. I recommend that the definition of mental disorder in s. 2 of the Code be revised to expressly include "mental disability".

#### D. Mental Disorder and Automatism

24. I have a more important criticism of defining the words "mental disorder" as simply "a disease of the mind". This definition does nothing to distinguish between the two separate defences of mental disorder and non-insane automatism.
25. Canadian case law (which is conveniently summarized in Rabey (1977), 37 C.C.C. (2d) 461, aff'd (1980), 54 C.C.C. (2d) 1 by Martin, J.A. (Ont. C.A.) and Dickson, J. (S.C.C.) and in D. Stuart, Canadian Criminal Law (2nd ed., 1987) at pp. 89-91) has classified the following factors as external causes of unconscious behaviour entitling the accused to rely on the defence of automatism:
  - a) a concussion caused by a physical blow;
  - b) a psychological blow from an extraordinary external event which might reasonably be expected to cause a dissociative state in an average normal person;



- c) inhalation of toxic fumes, accidental poisoning or involuntary intoxication;
- d) sleepwalking;
- e) a stroke;
- f) hypoglycaemia; or
- g) a flu or virus.

However, Canadian cases have held that the accused may not rely on the defence of automatism if the unconscious behaviour is caused amongst other things by

- a) cerebral arteriosclerosis;
- b) some instances of epilepsy; or
- c) the ordinary stresses and disappointments of life.

26. A provision which clearly distinguishes between the defences of mental disorder and non-insane automatism should be added to the Criminal Code. The CBA Task Force has provided such a provision in its definition of automatism in s. 7(2) at p. 19 and 28-29 of its Report. I agree with that recommendation.

**E. Nature and Quality Versus Nature and Consequences**

27. In paragraph 16, I recommend the addition of the word "consequences" in the definition of mental disorder. In *Working Paper 29* and *Report 31*, the Law Reform Commission has replaced the expression "nature and quality" of an act or omission with the expression "nature or consequences" of the conduct. This change properly embodies the case law interpretation (from Barnier and Kjeldsen) of the words "nature and quality" which are now used in section 16(2) of the *Criminal Code*. The CBA Task Force (p. 59) also recommends "nature or consequences". I agree. It is surprising that Bill C-

30 did not change the words "nature and quality" to "nature or consequences". In case anyone thinks the word "quality" adds anything to "nature", the expression could be changed to "nature, quality or consequences".

### III. ONUS AND QUANTUM OF PROOF

#### A. Introduction and Recommendation

28. Section 16(2) and section 16(3) of the Criminal Code presume that an accused is legally sane (not suffering from a mental disorder so as to be exempt from criminal responsibility), until the contrary is proved on a balance of probabilities by the person raising the mental disorder defence.
29. When an accused raises the mental disorder defence, the above provisions mean that the accused must establish the mental disorder defence on a balance of probabilities. This reverse onus is an historic anomaly, unfair to the accused, unnecessary as a matter of policy, and an irrational exception to the ordinary onus of proof. For these reasons, it should be abolished when the defence of mental disorder is raised by the accused. If the Crown is permitted to raise the mental disorder defence against the accused's wishes, the Crown should be required to prove the mental disorder defence *beyond a reasonable doubt*. The CBA Task Force (p. 66-68) comes to the same conclusion. [I also agree with Lamer, C.J.C. in Chaulk (C.C.C. at 217) where he states that "assuming ... that the Crown may constitutionally raise the issue of insanity, ... there is no reason why the burden of proof on the accused and on the Crown must necessarily be the same."]
30. In Chaulk, a majority of the Supreme Court held that this reverse onus violates the presumption of innocence in the Charter (s. 11(d)) but that this

violation is a reasonable limit under section 1. I disagree with the majority on this point and instead I side with Justice Bertha Wilson who held, in dissent, that this reverse onus is not a reasonable or necessary limit on the presumption of innocence and therefore is contrary to the Charter. Whether one agrees with the majority, or with Wilson, J., it should be remembered that the majority of the Supreme Court did not say that Parliament should reverse the onus as a matter of sound policy, but rather if Parliament decides to reverse the onus that will not violate the Charter.

**B. Historic Anomaly**

31. Professor Fletcher, in his seminal book, Rethinking Criminal Law, traces historically the allocation of burden of proof in criminal cases. He notes the common law rule, espoused by Foster and Blackstone, that the defence had to prove "circumstances of justification, excuse and alleviation" was designed for cases tried on a special verdict on the facts, not cases of a general verdict on the defendant's guilt. He explains that the shift from the procedure of a special verdict to a general verdict brought out an ambiguity in the burden of proof that remained camouflaged for a long time. Thus, although the procedure had changed, the common law cases continued to require the accused satisfactorily to prove self-defence, duress, insanity and provocation.
32. But this burden of proof was finally looked at afresh by the House of Lords in the famous case of Woolmington in 1935. The House of Lords held that the one golden thread throughout the web of English criminal law is the duty of the prosecution to prove the accused's guilt beyond a reasonable doubt, and therefore, the burden of proof for "exculpating" factors such as accident, provocation, and self-defence must clearly remain on the prosecution.



33. When the burden of proof was placed on the defendant in M'Naghten's case, the judges were treating insanity in the same manner as all other excusing defences at that time. They were creating neither a special nor an exceptional rule for insanity. But when the House of Lords, in Woolmington, finally reversed the trend of putting the burden of proof on the accused to establish defences, they mistakenly concluded, without any analysis, that M'Naghten's case was a special and exceptional rule and, therefore, the burden of establishing the defence remained upon the accused. That conclusion was wrong and hence the rule for insanity cases is now anomalous.
34. In Canada, the burden of proof in the M'Naghten Rules was codified in 1892, long before the House of Lords decision in Woolmington. Thus the anomaly is codified in Canada. But one thing is clear; examination of the history of the rule lends no support for the claim that the rule was founded on reason, logic or policy. Instead, it was based on an historic confusion and ambiguity.

C. Illogical and Unfair

35. It is illogical that the accused has to prove mental disorder on a balance of probabilities, yet need only raise a reasonable doubt in regard to other defences such as automatism, no mens rea, intoxication or duress. This is a failure to take the presumption of innocence seriously. If an accused only raises a reasonable doubt as to whether or not he/she was mentally disordered (or even a 50-50 doubt); then the accused has failed to prove the mental disorder defence and will be found guilty. This is not the case with other defences. Rupert Cross, an eminent English scholar, forcefully argues that the burden on the accused to prove insanity is both anomalous and

without justification. He says that the effect of this rule is to create a presumption of guilt and that there must be something very sinister afoot before any legislature can be justified in doing that.

36. In addition to treating the mentally disordered accused unfairly in comparison to other defences, it is unfair to place the burden of proof on the accused rather than the Crown since the Crown normally has far greater resources to prove the issue than does the accused.

#### D. Policy Arguments

37. Pragmatic considerations are often raised as a justification for placing the burden of proof of the mental disorder defence upon the accused:

- (i) to reduce the likelihood of successful fabrication of the mental disorder defence;
- (ii) a reasonable doubt about the accused's mental disorder can be created too easily;
- (iii) proving the accused's absence of mental disorder beyond a reasonable doubt is impossible.

38. Upon closer examination, these pragmatic considerations lack validity. The experience in the United States is particularly revealing. As of 1982, in half of the States and in all federal courts, once there is some evidence of insanity, the prosecution has the burden of proving the accused's sanity beyond a reasonable doubt. Does that burden allow a throng of fabricated insanity pleas to succeed? Does it put an intolerable or impossible burden on the Crown? I sampled the reported cases in those jurisdictions for the year 1982. In almost all of the cases there was at least some expert evidence supporting the accused's insanity plea. But in twenty-eight of the thirty cases, the defence of insanity failed. The Crown proved its case; the

accused failed to raise a reasonable doubt. If anything, these figures suggest that even raising a reasonable doubt about insanity may be too difficult a standard to meet rather than one which is too facile. (Incidentally, in jurisdictions where the accused had the burden of proof on a balance of probabilities, the accused's insanity plea failed sixteen times in seventeen cases.)

39. In Chaulk, Lamer, C.J.C. stated that "section 16(4) is a purely evidentiary section whose objective is to relieve the prosecution of the tremendous difficulty of proving an accused's sanity in order to secure a conviction" (p. 218). Lamer, C.J.C. then concluded that this objective – avoiding a near impossible burden of proof on the Crown – justifies the reverse onus as a reasonable limit under section one of the Charter.

With respect, this claim of an impossible burden is based on no evidence and is contrary to the experience of other jurisdictions. It may be difficult (or near impossible) to prove that anyone is totally sane in the widest sense of that word, but it is not unduly difficult to prove that an accused had sufficient mental functioning to appreciate the nature or consequences of what he or she did, and to know that it was wrong. Likewise Professor Healy of McGill and Professor Stuart of Queen's are both highly critical of Lamer, C.J.C.'s reasoning and conclusion on this point. (See Healy at 2 C.R. (4th) at 105-106 and Stuart at 2 C.R. (4th) at 113-117.) And in dissent, Wilson, J. rebuts Lamer, C.J.C.'s concern that lowering the standard of proof in the insanity defence would make it very easy for an accused person to "fake" the insanity defence. She refers (at C.C.C. 250) to studies in the United States (where the burden of proof is lower) which reveal that fabricated insanity pleas are not a problem.



40. The English Criminal Law Revision Committee in their Eleventh Report (1972) and Fourteenth Report (1980) recommend that the burden of proof be changed so that the accused need only raise a reasonable doubt to establish the insanity verdict. The federal government, in its 1984 Report, recommended retention of the current rule.

#### IV. DIMINISHED RESPONSIBILITY

41. In paragraph 8, I indicated that I favoured a system of diminished responsibility in addition to the mental disorder defence. This was considered by the Department of Justice in the process of its consultations. However in its 1984 Report, it concluded (p. 29):

It is recommended that although ultimate adoption of the concept (of diminished responsibility) is a worthwhile goal, additional research and consultation should be conducted prior to formally adopting broad-based diminished responsibility provisions for the Criminal Code.

42. I am unaware of any additional research or consultation by the Department of Justice on this point. If this Parliamentary Committee believes, as I do, that diminished responsibility should be included in the Criminal Code, then the appropriate model in my opinion, is set out in the Department of Justice's 1984 Report. This model would supplement the insanity test as follows:

- (1) Everyone is partially excused from criminal responsibility for his/her conduct if, as a result of mental disorder, that person lacked substantial capacity to appreciate the nature, consequences or

wrongfulness of such conduct or to conform to the requirements of the law.

- (2) Everyone partially excused under subsection (1) of this section shall be convicted of the offence in a diminished degree [or in the second degree] and shall be subject to the same range of punishments as is applicable in respect of persons who are convicted of an attempt to commit the offence.

43. In its 1984 Report, the Department of Justice stated:

"There was a very general discussion during our consultations on the issue of diminished responsibility. There was some support that this principle be articulated in the Code.... The proposal would result in a reduction in the level of degree of offence. This form of diminished responsibility does not exist in the United States and only exists in England with regard to murder (reduced to manslaughter) and in Canada with regard to murder (reduced to infanticide pursuant to s. 216 of the Criminal Code, or to manslaughter by reason of provocation pursuant to s. 215). It has been suggested that a combination of the options available in England of diminished responsibility and hospital orders has resulted in the insanity defence being raised in relatively few cases in recent years.

Some of those who indicated support for this concept suggested that it should only apply to major offences as is the case in Great Britain. Others queried how diminished responsibility might operate in relation to the matter of mens rea.

There was some concern that because the British system (and society) is so different from ours, there would be great danger in

adopting their diminished responsibility concept as is. In addition, although the Code makes some provision as noted above, the concept has not been generally formalized in this jurisdiction and may therefore create considerable problems should it be adopted without further study and consultation.

The majority of whom we consulted who commented on this matter were of the opinion that much more work is required in terms of both research and consultation before the concept of "diminished responsibility" can be formalized as part of the Criminal Code."

44. I would add the following comments on the above diminished responsibility defence:

- (i) This proposal is drafted in a manner to be consistent with the criteria in the mental disorder test. Since the criteria in the mental disorder test are wide – i.e., mental disorder has a wide definition, cognitive and volitional impairment are recognized, moral or legal wrongfulness are included – the same criteria should prove ample for a diminished responsibility test.
- (ii) It should be noted that this test as presently drafted excludes cultural, social or political disadvantage or impairment (i.e. the "ghetto kid defence") unless such factors constitute "mental disorder".

Whether diminished responsibility should be extended beyond "mental disorder" is a separate policy issue.

- (iii) In Germany, diminished responsibility applies to all offences but it operates statutorily only to reduce the punishment, not the level or degree of the offence.



- (iv) It should also be noted that the English and German concepts of diminished responsibility use the word "substantial" impairment.

45. Advantages

- (i) This proposal recognizes that the line between sanity and insanity is not black and white, that there are degrees of responsibility due to different degrees of mental disorder.
- (ii) It recognizes partial responsibility not only by reducing the sentence but also by reducing the offence. The latter point is significant since the name attributed to an offence inherently indicates the seriousness and/or culpability of the person convicted - e.g., murder vs manslaughter, rape vs. diminished rape [or rape in the first degree vs rape in the second degree].

## V. IMPOSING THE INSANITY DEFENCE ON AN UNWILLING ACCUSED

- 46. The British practice has always been, and continues to be that only the accused can raise the insanity defence: R. v. Smith (1910), C.A.R. 19. This can occur in one of two ways: (i) either the accused specifically raises the insanity defence or (ii) if the accused puts his or her mental state in issue, for example, by arguing automatism or no mens rea, then the prosecutor may call evidence of insanity to rebut those defences.
- 47. That also appeared to be the Canadian practice until 1977 when Martin, J.A. altered that position in Simpson (1977), 35 C.C.C. (3d) 337, and subsequently applied in Saxell (1980), 59 C.C.C. (2d) 176 (O.C.A.). These cases gave the trial judge a discretion to allow the Crown to raise the insanity defence against the accused's wishes.

48. The Simpson/Saxell rule was abolished and a new rule put in its place by the Supreme Court of Canada in Swain (1991), 63 C.C.C. (3d) 481. The majority, per Lamer, C.J.C., held that the common law rule which allowed the Crown to raise evidence of insanity during the trial over and above the accused's wishes was a denial of liberty which was not in accordance with the principles of fundamental justice and not saved by s. 1 of the Charter. The majority judgment took the view that the decision whether or not to raise the issue of insanity was part and parcel of the conduct of an accused's overall defence.
49. In Swain the Court recognized that the Simpson/Saxell common law rule had two objectives:
- (i) ...to avoid the conviction of an accused who may not be responsible on account of insanity, but who refuses to adduce cogent evidence that he was insane, and
  - (ii) ...the protection of the public from presently dangerous persons requiring hospitalization.
50. The Supreme Court devised a new rule to achieve these two objectives:
- (i) the insanity defence may be raised during the trial by the accused; or
  - (ii) during the trial by the prosecutor if in the trial judge's opinion the accused has somehow put his or her mental capacity for criminal intent in issue; or
  - (iii) by either the accused or the Crown after the trier of fact has concluded that the accused was guilty of the offence, but before a verdict of guilty is formally entered.
51. Point (iii) in the above rule creates what has been called divided or bifurcated trials. They have been a failure in California and elsewhere. It is difficult,

often impossible, to separate evidence of mental disorder, from proof of actus reus and mens rea.

52. I recommend abolition of point (iii) above and codification of points (i) and (ii), which would return us to the original common law position, the position in England, and the position in a majority of United States jurisdictions. On this point, I disagree with the CBA Task Force which recommends the position set out in Swain, which includes point (iii) above.

53. My recommendation is based on the assumption that the accused, with the advice of counsel, is competent to decide whether or not to raise the mental disorder defence. That decision should be respected for the following reasons:

- (i) a trend toward giving greater respect to individual rights, including the right of the accused to the choice of his or her own defence;
- (ii) a recognition that, if the accused "must bear the ultimate consequences of any decision" whether or not to raise the mental disorder defence, he or she should have the right to make that decision;
- (iii) the view that the accused's reasons for a voluntary and intelligent decision not to raise the mental disorder defence outweigh some abstract principle of justice; and
- (iv) the view that imposing the mental disorder defence will do more harm and less justice than not imposing it.

54. In my opinion, the law should be amended to ensure that the prosecutor, judge or defence counsel is not entitled to impose the mental disorder



defence on an unwilling accused who has made a voluntary and intelligent decision not to rely upon it, subject to the following qualifications:

- (i) If an accused who refuses to rely on the mental disorder defence is found incompetent to make an intelligent decision on the issue, he should be remanded to await trial if there is a reasonable chance that he will become competent to make the decision in the reasonably foreseeable future.
- (ii) If an accused is not competent, nor likely to be competent in the near future, to make the decision, the court should make the decision for him using the "substituted judgement" standard. In other words, if the accused were competent, what decision would the accused make. If there is no factual basis for making a substituted judgement, the court should make the decision which it believes a reasonable person would make in a similar situation.

## VI. CAPPING

55. I strongly agree with the Canadian Bar Association Submission on Bill C-30, Recommendation #20 that the capping provisions in s. 672.64 should be amended. The CBA recommendation should be expanded to also include caps on persons found unfit to stand trial. The revised recommendation would read as follows:

That section 672.64 be amended to provide that where a person is found unfit or not criminally responsible on account of mental disorder, the cap should be no longer than the sentence which the court would in all likelihood have imposed under all the circumstances if the accused had been convicted of the offence and found to have been mentally disordered, but

to a degree short of exemption from criminal responsibility  
under s. 16.

## VII. HOSPITAL ORDERS

56. The hospital order provisions in sections 736.11 to 736.14 are woefully inadequate due to their limited application:

- (i) under s. 736.11, hospital orders are only available for offenders who are suffering from an acute mental disorder and immediate treatment is urgently required either
  - (a) to prevent further significant deterioration of the mental or physical health of the offender, or
  - (b) to prevent the offender from causing serious bodily harm to any person;

Comment: These provisions ignore the plight of sub-acute mentally disordered offenders, chronic schizophrenics who are not currently acute, and mentally retarded persons and many other persons suffering from mental disorders;

- (ii) under s. 736.11(2), even those few acutely ill offenders who qualify for a hospital order are being told legislatively that they have 60 days to recover and no more; its back to prison after 60 days, whether recovered or not; and
- (iii) under 736.14(a) acutely ill offenders who have been convicted of murder or found to be a dangerous offender under s. 753 do not qualify for a hospital order, even if there is a secure treatment facility available.

Comment: This feeble excuse for a hospital order system is the result of federal-provincial authorities failing to agree on jurisdiction, facilities and money. It is a federal/provincial disgrace. What is needed is a full and comprehensive system of hospital orders as recommended by the Law Reform Commission of Canada in 1976. This Committee should recommend that immediate action be taken on this.

To add insult to injury, the provinces have prevailed on the federal authorities not to proclaim these limited hospital order provisions for at least two or three years.

## VIII. AUTOMATISM

57. I agree with the CBA Task Force's recommendation for the defence of automatism (s. 7(1) to (5), at p. 19-20). However I would add two additional subsections in order to provide a special verdict and special disposition for acquittals due to automatism. Consideration of this type of recommendation has recently been suggested by the Supreme Court of Canada in Parks (the sleepwalking case). For example, McLachlin, J. stated that "the possibility of supervisory orders in this situation may be a matter which Parliament would wish to consider in the near future".

58. I recommend the following additions to s. 7 of the CBA Task Force proposal:

*Special Verdict*            (6)    Where evidence of automatism is given at trial and the accused is acquitted, the judge or jury shall declare whether the accused was acquitted by reason of automatism.



*Special  
Disposition*

- (7) Where a person is found not responsible by reason of automatism, the court may deal with that person in the same manner as if that person had been found not guilty by reason of mental disorder, provided that the person's automatism is likely to occur again in a manner which poses a substantial danger to the lives or safety of others; and such persons shall be subject to the same safeguards, procedures and reviews as persons who are found not guilty due to mental disorder.

Comments:

59. The creation of a special verdict of not responsible due to automatism and special dispositions where the automatism is likely to occur again and the person poses a substantial danger to the lives or safety of others are both modelled on the mental disorder defence.
60. The requirement that the judge or jury shall declare whether the accused is acquitted by reason of automatism has the effect of creating a special verdict of not responsible due to automatism. In this respect, it is similar to the special verdict for the mental disorder defence and is justified for the same reasons that the special mental disorder verdict exists.
61. To the extent that special detention provisions are warranted in the case of persons acquitted by reason of mental disorder, similar provisions for detention of persons acquitted by reason of automatism are warranted where those persons continue to represent a danger to the public.

62. At the moment, subsection (7) simply suggests that those very few persons who are acquitted by reason of automatism and continue to be a danger to society, should be treated in a similar fashion to persons who are acquitted by reason of mental disorder and continue to be a danger to society. The Sub-Committee should consider, in more detail than I have, whether the approach suggested in subsection (7) is adequate to deal with the above mentioned cases of automatism.

## **APPENDICE «CODE-6»**

### **PRINCIPES DE RESPONSABILITÉ PÉNALE**

**Proposition de nouvelles  
dispositions générales du  
*Code criminel du Canada***

**RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL  
SUR LA NOUVELLE CODIFICATION  
DU DROIT PÉNAL**

**ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN**



## TABLE DES MATIÈRES

### COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL DE L'ABC

#### PRÉFACE

#### PARTIE I : APERÇU GÉNÉRAL

- I. INTRODUCTION
  - A. Le *Code criminel du Canada*
  - B. Le processus de réforme
  - C. Renvoi au Comité permanent de la justice
  - D. Le rôle de l'Association du Barreau canadien
  - E. Financement
- II. PRINCIPES DIRECTEURS
  - A. La nécessité d'un nouveau Code criminel
  - B. Codification
  - C. Responsabilité pénale et faute subjective

#### PARTIE II : PRÉAMBULE

- III. PROCLAMATION DE L'OBJECTIF ET DES PRINCIPES
  - A. Recommandation du Groupe de travail
  - B. Discussion

#### PARTIE III : LES ÉLÉMENTS ESSENTIELS DE L'INFRACTION

- IV. L'ÉLÉMENT MATÉRIEL
  - A. Recommandation du Groupe de travail
  - B. Discussion
    - 1. Principe de légalité
    - 2. Responsabilité pénale
    - 3. Acte interdit
    - 4. Omission
    - 5. Causalité
      - a. La ligne de démarcation
      - b. Cause unique ou principale
      - c. Cause déterminante indépendante

- d. La règle du «crâne fragile»
- 6. Acte involontaire conscient
- 7. Automatisme

#### V. L'ÉLÉMENT MORAL

- A. Recommandation du Groupe de travail
- B. Faute subjective
- C. Circonstances et conséquences
- D. La faute
- E. Discussion
  - 1. L'intention coupable
  - 2. La connaissance
  - 3. La témérité
  - 4. La négligence
  - 5. L'élément moral se rapporte à tous les aspects de l'acte interdit
  - 6. Règle résiduelle
  - 7. L'élément moral plus grave est inclusif du moins grave

#### VI. L'ERREUR DE FAIT

- A. Recommandation du Groupe de travail
- B. L'état actuel du droit
  - 1. La règle de *common law*
  - 2. L'erreur de fait dans la loi
- C. Lacunes des règles actuelles
  - 1. Suppression de l'élément moral
  - 2. Croyance de bonne foi
  - 3. Négligence
  - 4. Intoxication volontaire
  - 5. Transfert de l'erreur de fait
- D. Discussion
  - 1. Croyance de bonne foi
  - 2. Transfert de l'erreur de fait
  - 3. Codification des moyens de défense

#### VII. LES TROUBLES MENTAUX

- A. Recommandation du Groupe de travail
- B. Capacité de choisir entre le bien et le mal
- C. L'article 16 du *Code criminel* actuel
  - 1. Imbécillité naturelle et maladie mentale
  - 2. Incapacité d'apprécier la nature ou les conséquences de l'acte ou de l'omission

- 3. Incapacité de savoir qu'un acte ou omission est répréhensible
- 4. Idées délirantes sur un point particulier
- 5. Présomption de santé mentale et charge de la preuve
- D. L'impulsion irrésistible
- E. Qui peut invoquer l'aliénation mentale?

#### **PARTIE IV : MOYENS DE DÉFENSE, FAITS JUSTIFICATIFS ET EXCUSES**

##### **VIII. DÉFENSE DE LA PERSONNE**

- A. Recommandation du Groupe de travail
- B. L'état actuel du droit
  - 1. Légitime défense contre l'agression non provoquée
  - 2. Légitime défense de l'agresseur
  - 3. Mesure préventive d'agression
  - 4. Usage excessif de la force
- C. Lacunes des règles actuelles
- D. Recommandations de réforme
  - 1. Appréhension de l'attaque
  - 2. Provocation de la part de l'accusé
  - 3. La force employée par l'accusé en état de légitime défense
  - 4. Force excessive
  - 5. Défense d'autrui
  - 6. L'exception relative aux agents de l'ordre

##### **IX. DÉFENSE DES BIENS**

- A. Recommandation du Groupe de travail
- B. L'état actuel du droit
  - 1. Défense de biens mobiliers
  - 2. Défense d'une maison d'habitation ou d'un bien immeuble
  - 3. Degré de force
- C. Recommandations de réforme
  - 1. Distinction entre bien meuble et bien immeuble
  - 2. Cas justifiant l'usage de la force
  - 3. Caractère raisonnable de la force employée
  - 4. Homicide intentionnel



## X. NÉCESSITÉ

- A. Recommandation du Groupe de travail
- B. L'état actuel du droit
- C. Lacunes des règles actuelles
  - 1. Spontanéité
  - 2. Absence d'autres choix raisonnables
  - 3. Proportionnalité
  - 4. Meurtre
- D. Recommandations de réforme
  - 1. Prévention du préjudice contre la personne ou les biens
  - 2. Caractère immédiat du danger
  - 3. Le critère subjectif-objectif
  - 4. Meurtre
  - 5. Le fait d'attirer le danger sur soi

## XI. CONTRAINTE

- A. Recommandation du Groupe de travail
- B. L'état actuel du droit
- C. Lacunes des règles actuelles
  - 1. Menace de mort ou de blessure
  - 2. Imminence
  - 3. Menace de la part d'une personne présente
  - 4. Menace de préjudice contre un tiers
  - 5. Infractions excluant le moyen de défense de contrainte
- D. Recommandations de réforme
  - 1. Menace de préjudice
  - 2. Menaces contre des tiers
  - 3. Imminence
  - 4. Présence de la personne qui menace
  - 5. Le critère subjectif-objectif
  - 6. Exclusions

## XII. INTOXICATION

- A. Recommandation du Groupe de travail
- B. L'état actuel du droit
  - 1. Intention spécifique
  - 2. Capacité de former l'intention
- C. Lacunes des règles actuelles
  - 1. Intention spécifique
  - 2. Capacité
  - 3. Témérité

#### D. Recommandations de réforme

1. Intention spécifique
2. Capacité
3. Exclusions
4. Infraction incluse d'intoxication criminelle

### XIII. ERREUR DE DROIT

#### A. Recommandation du Groupe de travail

#### B. L'état actuel du droit

1. Application stricte
2. Exceptions nouvelles
  - a. Erreur causée par une source officielle
  - b. Non-publication du texte
  - c. Erreur en matière de droits privés ou de droit civil
  - d. Violation intentionnelle d'ordonnance de probation
  - e. Qualification d'erreur de fait

#### C. Recommandations de réforme

1. Absence de *mens rea*
2. Exceptions
  - a. droits privés ou autres droits civils
  - b. publication
  - c. foi raisonnable dans une décision judiciaire
  - d. erreur causée par une source officielle

### XIV. PROVOCATION

#### A. Recommandation du Groupe de travail

#### B. L'état actuel du droit

1. Provocation soudaine
2. Action injuste ou insulte
3. Comportement suffisant à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser
4. Riposte «sous l'impulsion du moment» dans un accès de colère

#### C. Lacunes des règles actuelles

#### D. Recommandations de réforme

## XV. DE MINIMIS NON CURAT LEX

- A. Recommandation du Groupe de travail
- B. L'état actuel du droit
  - 1. Possession de boisson alcoolique ou de stupéfiant
  - 2. Vol
  - 3. Voies de fait
- C. Lacunes des règles actuelles
- D. Recommandations de réforme
  - 1. Propositions de réforme
  - 2. Maintien de l'excuse *de minimis*
  - 3. Codification de la règle *de minimis* dans le nouveau *Code criminel*
  - 4. Pouvoir d'appréciation des tribunaux
  - 5. Charge de la preuve

## XVI. PROVOCATION POLICIÈRE

- A. Recommandation du Groupe de travail
- B. L'état actuel du droit
- C. Recommandations de réforme
  - 1. Codification de la provocation policière
  - 2. Le critère applicable
  - 3. Question à trancher par le juge
  - 4. Charge de la preuve

## XVII. MOYENS DE DÉFENSE DE COMMON LAW

- A. Recommandation du Groupe de travail
- B. L'état actuel du droit
- C. Propositions de réforme
- D. Éléments essentiels

## PARTIE V : INFRACTIONS NON CONSOMMÉES

## XVIII. TENTATIVE

- A. Recommandation du Groupe de travail
- B. L'état actuel du droit
  - 1. L'élément moral
  - 2. L'acte matériel
  - 3. Désistement volontaire
  - 4. Impossibilité
- C. Recommandations de réforme
  - 1. L'élément moral
  - 2. L'acte matériel
  - 3. Question de droit
  - 4. Désistement volontaire
  - 5. Impossibilité
  - 6. Sanction
  - 7. Participation à la tentative



## PARTIE VI : LES PARTIES À L'INFRACTION

### XIX. COMLOT

- A. Recommandation du Groupe de travail
- B. L'état actuel du droit
  - 1. Dispositions législatives
  - 2. Justification de l'incrimination du complot
  - 3. Éléments constitutifs du complot
    - a. Entente pour réaliser un dessein commun ou un objectif déterminé
    - b. L'intention d'exécuter l'entente – la *mens rea*
    - c. Connaissance de la teneur du complot
    - d. Entente entre plusieurs personnes
    - e. Dessein illicite
  - 4. Confusion du complot et de l'infraction principale
  - 5. Tentative
  - 6. Désistement volontaire
  - 7. Impossibilité
  - 8. Compétence territoriale
- C. Recommandations de réforme
  - 1. Maintien de l'incrimination du complot
  - 2. Le fait matériel
  - 3. Actes criminels visés par le *Code criminel*
  - 4. L'élément moral
  - 5. Tentative
  - 6. Désistement volontaire
  - 7. Confusion du complot et de l'infraction principale
  - 8. Infraction impossible
  - 9. Sanction
  - 10. Immunité des époux
  - 11. Extra-territorialité

### XX. LES PARTIES À L'INFRACTION

- A. Recommandation du Groupe de travail
- B. L'état actuel du droit
  - 1. Historique
  - 2. Responsabilité secondaire
  - 3. Les dispositions relatives aux parties
    - a. L'auteur principal

- b. Aide et encouragement
    - c. Parties à une intention commune
  - 4. Conseils tendant à une infraction
    - a. Conseils tendant à une infraction qui est commise
    - b. Conseils tendant à une infraction qui n'est pas commise
  - 5. Complice après le fait
  - 6. Désistement volontaire
- C. Recommandations de réforme
  - 1. Aide
  - 2. Encouragement
  - 3. Intention commune
  - 4. Conseils tendant à une infraction qui est commise
  - 5. Conseils tendant à une infraction qui n'est pas commise
  - 6. Complice après le fait

## **PARTIE VII : LE CUMUL DES DÉCLARATIONS DE CULPABILITÉ**

### **XXI. AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE**

- A. Recommandation du Groupe de travail
- B. Commentaire

## **PARTIE VII : SOMMAIRE DES RECOMMANDATIONS**

### **ANNEXE «A»**

#### **LISTE DES DOCUMENTS DE TRAVAIL**

**COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL DE L'ABC**

**Président :** Richard C. C. Peck, c.r., Vancouver

**Délégués des sections provinciales et territoriales de droit pénal :**

Colombie-Britannique	Tom Burns, Vancouver Russel Chamberlain, c.r., Vancouver David Winkler, Bureau des procureurs de la Couronne, Vancouver Ian Donaldson, Vancouver
Yukon	Robert Kilpatrick, Whitehorse
Alberta	Bart Rosborough, Edmonton Shelagh Creagh, Edmonton Dan Stachnick, Edmonton Peter Michalyshyn, Edmonton
Territoires du Nord-Ouest	Alan Regel, Yellowknife
Saskatchewan	John Williams, Regina
Manitoba	Sheldon Pinx, c.r., Winnipeg Ellen Gordon, Winnipeg Clyde Bond, Winnipeg Robert (Rocky) Pollack, Winnipeg Rob Finlayson, Winnipeg Lee Stuesser, Winnipeg
Ontario	Michele Fuerst, Toronto Brian Greenspan, Toronto
Québec	Jean-Claude Dubé, Montréal Alain Dubois, Longueuil Philip Schneider, Longueuil
Nouveau-Brunswick	Rodney Macdonald, Saint-Jean
Nouvelle-Écosse	David Bright, c.r., Dartmouth
Île-du-Prince-Édouard	John Mitchell, Charlottetown
Terre-Neuve	Wayne Gorman, St. John's



**Représentants de la magistrature :**

Colombie-Britannique      Le juge Josiah Wood, Cour d'appel de la  
Colombie-Britannique

Ontario                      Le juge David Watt, Cour de l'Ontario,  
Division générale

**Professeur de droit :**

Colombie-Britannique      Le professeur Gerry Ferguson, Faculté de  
Droit, Université de Victoria

**Bureau national de l'Association du Barreau canadien :**

Terence Wade  
France Houle  
Melina Buckley

**Ministère de la Justice, Section de la politique - droit pénal  
(Observateurs) :**

Heather Holmes  
David Daubney

**Recherches :**

Keith Hamilton, Vancouver  
Gil McKinnon, Vancouver

## PRÉFACE

Le Groupe de travail sur la nouvelle codification du droit pénal fut mis sur pied à l'automne 1990 pour étudier de façon exhaustive la réforme des dispositions générales du *Code criminel du Canada*, prenant ainsi la relève du Comité spécial sur le Code criminel qui existait de 1987 à 1989, sous la présidence de Rocky Pollack.

Il a pour mission spécifique de présenter à l'Association du Barreau canadien un fondement rationnel pour ses recommandations de nouvelle codification et de coordonner la contribution de l'Association à la réforme de ce domaine du droit. Cette initiative est intervenue fort à propos. Le présent rapport formera la base du mémoire de l'Association au Comité permanent de la justice et du Solliciteur général de la Chambre des communes, qui examine la nouvelle codification à l'automne 1992.

L'Association du Barreau canadien ne cesse de s'intéresser et de participer à la réforme du droit. Au cours de l'année qui vient de s'écouler, elle a présenté aux comités parlementaires des mémoires sur plusieurs modifications du *Code criminel* en matière de maladie mentale, de contrôle des armes à feu et d'agression sexuelle. Plusieurs de ces modifications ont des répercussions, directes ou indirectes, sur les principes généraux de droit pénal. En outre, l'Association s'est depuis longtemps activement intéressée à la réforme d'autres domaines du droit pénal, notamment en ce qui concerne la loi et la politique relatives à l'application de la peine, les mesures correctionnelles, et la libération conditionnelle. Toutes ces activités ont fait ressortir la nécessité urgente d'une réforme fondamentale et totale du *Code criminel*.

En instituant ce Groupe de travail, le bureau de l'Association du Barreau canadien a manifesté sa grave préoccupation ainsi que celle d'un grand nombre de membres de l'Association devant le fait qu'à son centième anniversaire, le *Code criminel* actuel est archaïque, incomplet, mal agencé et difficile à comprendre.

Il est aussi évident que les avocats ont pour responsabilité d'insister sur la réforme du droit pénal. Bien qu'il n'appartienne pas aux avocats seuls de participer aux discussions en la matière, nous qui représentons un important groupement, jouissons d'un point de vue à nul autre pareil et que nous devons exprimer avec force dans ce débat.

Le Groupe de travail est composé d'avocats criminalistes, de procureurs de la Couronne, de magistrats et de professeurs de droit. Cette large représentativité a fait que les questions ont été envisagées sous des optiques les plus variées, et que des intérêts contradictoires ont été pris en considération dans les recommandations de réforme.

Le Groupe de travail vise, entre autres objectifs, à contribuer à la compréhension, par les praticiens comme par le public, des principes généraux qui sous-tendent notre droit pénal. Tout en recommandant des options de réforme, ce rapport et les documents de travail plus détaillés sur lesquels il est fondé, remplissent admirablement cette fonction. Ces travaux de recherche et d'analyse alimenteront et enrichiront le débat à l'heure actuelle et à l'avenir.

Dans l'exécution de son mandat, le Groupe de travail a suivi et complété le travail admirable qu'a accompli la Commission de réforme du droit du Canada. Sans les études initiales de la Commission qui ont posé les premiers jalons, sans ses documents de travail et rapports, le chemin de la nouvelle codification n'aurait pas encore été ouvert. Il est difficile d'imaginer l'avenir de la réforme du droit maintenant que la Commission a été dissoute.

Le Groupe de travail conclut à la nécessité urgente d'une réforme du *Code criminel*. C'est au gouvernement fédéral qu'il incombe de relever ce défi, et ce immédiatement.

L'Association du Barreau canadien s'enorgueillit du travail accompli par le Groupe de travail et est reconnaissante des efforts de tous ceux et celles qui ont participé à ce rapport. Je voudrais remercier en particulier son président, M<sup>e</sup> Richard Peck, c.r., de Vancouver, pour son exceptionnelle contribution. Je suis convaincu qu'à la lecture de ce rapport, les membres de l'Association conviendront qu'il représente un exposé clair, explicite et opportun de questions vastes et complexes.



L'Association du Barreau canadien continuera à contribuer à la réforme du droit pénal et à insister sur la mise en oeuvre des recommandations contenues dans ce rapport, maintenant et au cours des années qui viennent.

J.J. Camp, c.r.  
Président, 1991-1992

## AVANT-PROPOS

Le *Code criminel du Canada* a maintenant cent ans. S'il a bien servi les Canadiens au cours des 100 dernières années, cela n'a été possible que par l'expédient de fréquentes modifications législatives. Dans l'ensemble, les changements apportés au *Code* ne formaient pas un tout intégré, bien que des modifications exhaustives aient eu lieu, en particulier en 1927 et 1955. Le résultat en a été un texte raccommoqué qui est dépassé depuis longtemps.

La composition de la société canadienne a profondément changé au cours des 100 dernières années. Il en est de même d'un grand nombre de valeurs et d'attentes des Canadiens. Il faut absolument qu'il y ait un nouveau *Code criminel* pour faire face à ces changements. Les progrès de la médecine, de la psychiatrie et de la pénologie, entre autres, doivent être pris en considération dans ce nouveau *Code criminel*, de même que les changements provoqués par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Nous ne pouvons plus différer la réforme du *Code*.

Le chemin difficile de la nouvelle codification est déjà bien tracé. L'Association du Barreau canadien tient à reconnaître les importantes contributions faites à cette date par les réformateurs du droit pénal. En particulier, elle rend hommage à l'oeuvre accomplie par la Commission de réforme du droit du Canada qui a bâti une solide base de recherches, d'analyse et de propositions destinées aux efforts de nouvelle codification. Ces efforts ont pu voir le jour sous la direction éclairée de deux présidents de la Commission, le juge Allen Linden et le juge Gilles Létourneau. Le Groupe de travail s'est largement inspiré du travail de la Commission de réforme du droit dans la préparation de ce rapport.

L'Association du Barreau canadien participe depuis longtemps activement à la réforme du droit pénal par ses études et son intervention dans les consultations gouvernementales et devant les organismes législatifs. Elle a mis sur pied le Groupe de travail sur la nouvelle codification du droit pénal pour faire suite de manière exhaustive au Rapport 31, *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, de la Commission de réforme du droit et faire des recommandations au comité parlementaire qui revoit les Dispositions générales du *Code criminel*.

Les dispositions générales du *Code criminel* portent sur les principaux généraux de responsabilité pénale, les faits justificatifs, excuses et autres moyens de défense, ainsi que la participation aux crimes consommés et non consommés. Le Groupe de travail s'est particulièrement attaché à certaines matières relevant de cette partie, reportant à plus tard l'étude des infractions spécifiques et d'autres questions comme l'application de la peine.

Ce rapport est le résultat de l'analyse et du débat vigoureux qu'a consacré le Groupe de travail à 17 questions choisies de droit pénal général. La composition variée du Groupe de travail signifie que divers intérêts étaient représentés et des vues divergentes sur de nombreuses questions, exprimées. Cette composition s'est traduite par un débat stimulant et enrichissant et, dans certains cas, par un partage des voies quant à la solution possible. Dans chaque cas, ces divergences reflétaient des divergences de vues sincères et légitimes, lesquelles se feront certainement jour de nouveau lors de l'examen de ces questions aux niveaux ministériel et politique. Le Groupe de travail a décidé qu'au lieu de les passer sous silence, il se devait de présenter clairement les vues opposées et les arguments avancés à l'appui des unes et des autres, afin que le lecteur puisse apprécier les considérations de principe sous-jacentes ainsi que les conséquences découlant de l'adoption de l'une ou l'autre des solutions possibles.

Le rapport a pour thème central les principes de responsabilité pénale. Le Groupe de travail a conclu que celui de la faute subjective est un principe d'importance fondamentale qu'il faut respecter dans chaque disposition du nouveau *Code criminel*. Ce principe fait partie intégrante de la *common law* depuis des siècles et, de nos jours, est reconnu comme un principe de justice fondamentale visé par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il représente la meilleure manifestation possible de la différence entre responsabilité civile et responsabilité pénale. Toutes les recommandations du Groupe de travail sont fondées sur ce principe.

Le Groupe de travail est tout en faveur des avantages de la codification. Il n'est cependant pas nécessaire, et en fait il ne faut pas que la clarté et l'accessibilité qui en résultent mettent un frein aux pouvoirs créatifs de la *common law*. Le nouveau *Code criminel* doit réaliser l'équilibre entre l'exposé clair du droit pénal et la possibilité d'avoir des règles qui évoluent avec le temps pour s'adapter aux changements que nous ne sommes



même pas capables de concevoir à l'heure actuelle. En conséquence, le Groupe de travail préconise un modèle de code qui permette l'évolution continue du droit, et en particulier des moyens de défense de *common law*, à travers l'interprétation des tribunaux.

Le Groupe de travail a conscience que la loi pénale doit tenir compte d'intérêts contradictoires. Dans le rapport, cet impératif se traduit par les recommandations sur l'agencement de la charge de la preuve, du fardeau de la preuve et des moyens de défense d'ordre public, ainsi que sur les limitations objectives du recours à la force.

Nombreux ont été ceux qui ont activement participé à la préparation de ce rapport. Les membres du Groupe de travail ont fait don de leur temps, en se réunissant pour échanger leurs vues. Certaines personnes méritent cependant une mention spéciale. MM. Wayne Chapman, c.r., et J.J. Camp, c.r., présidents de l'Association du Barreau canadien pendant le mandat du Groupe de travail, ont soutenu le projet tout au long et ont mis à la disposition du Groupe de travail le soutien compétent de collaborateurs du Bureau national : Terence Wade, France Houle et Melina Buckley. Le travail de recherche consciencieux et soigné de Keith Hamilton et de Gil McKinnon a été aussi une précieuse contribution au rapport.

Le Groupe de travail sur la nouvelle codification du droit pénal est heureux de présenter ce rapport à la considération de l'Association du Barreau canadien. Nous espérons qu'il constituera une contribution importante au travail de nouvelle codification. Si les questions traitées dans le rapport sont complexes, les recommandations sont présentées dans un esprit de réforme, et la discussion et le débat seront bienvenus. Le Groupe de travail se félicite du résultat de son réexamen des Dispositions générales du *Code criminel*. Nous sommes convaincus que nos recommandations sont conformes à l'intérêt de la société.

Richard C.C. Peck, c.r.  
Président  
Groupe de travail sur la  
nouvelle codification du droit pénal

## PARTIE I : APERÇU GÉNÉRAL

### I. INTRODUCTION

#### A. Le *Code criminel* du Canada

Le premier *Code criminel* du Canada, adopté par le Parlement en 1892<sup>1</sup>, entra en vigueur en juillet 1893. Don Stuart<sup>2</sup> en a retracé les origines comme suit :

Ce *Code* porta à la fois sur les règles de fond et la procédure. Les premières étaient largement inspirées de l'English Draft Code de 1879, lequel était au premier chef l'oeuvre de Sir James Stephen. Ce juriste extraordinaire avait courageusement bataillé pour la codification du droit pénal d'Angleterre. Il n'y est jamais parvenu, en raison manifestement du scepticisme des gens quant à la valeur d'une codification quelconque de la *common law*, de la résistance de la part des praticiens aux changements et, probablement, du refus de permettre à un seul homme de réaliser une si grande oeuvre en si peu de temps.

Le *Code* a été remanié en 1906, 1927 et 1955, mais sa structure fondamentale est restée essentiellement la même pendant près d'un siècle.

---

<sup>1</sup> S.C. 1892, chap. 29.

<sup>2</sup> D.R. Stuart, *Canadian Criminal Law, A Treatise*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto : Carswell, 1987), p. 2.

## B. Le processus de réforme

La Commission de réforme du droit du Canada fut créée par une loi fédérale<sup>3</sup> en 1972. Au cours des deux décennies qui suivirent, elle a publié un grand nombre de rapports et de documents de travail sur plusieurs questions de droit pénal et de procédure pénale.

En 1987, la Commission a rendu public son Rapport 31, *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, qui comprend des recommandations pour un *Code criminel* entièrement nouveau pour le Canada. La première partie du rapport propose une Partie générale portant sur les principes généraux de responsabilité pénale, les justifications, excuses et autres moyens de défense, et la participation aux crimes consommés et non consommés. La seconde partie, la Partie spéciale, propose un nouvel agencement des infractions criminelles de toutes les catégories, à l'exception des fraudes en matière de commerce et de valeurs mobilières, de l'avortement, des infractions sexuelles, de la prostitution et de la pornographie.

La question des peines n'y figure pas, puisqu'elle avait été étudiée par la Commission canadienne sur la détermination de la peine<sup>4</sup>. Les questions de procédure pénale devaient être étudiées à part par la Commission de réforme du droit dans sa proposition de *Code de procédure pénale*<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> *Loi sur la Commission de réforme du droit*, S.R.C. 1970 (1<sup>re</sup> Supp.), chap. 23. La Commission de réforme du droit du Canada a été malheureusement dissoute par le gouvernement fédéral en 1992.

<sup>4</sup> *Réformer la sentence : une approche canadienne* (Ottawa : Approvisionnements et Services Canada, 1987).

<sup>5</sup> Le premier volume du *Code de procédure pénale* proposé par la Commission a été publié en 1991 sous le titre «Rapport 33 - *Pour une nouvelle codification de la procédure pénale*» (Ottawa : Commission de réforme du droit du Canada, 1991).



### C. Renvoi au Comité permanent de la justice

En 1990, le ministre de la Justice de l'époque, M. Doug Lewis, annonça son intention de renvoyer la question d'un nouveau *Code criminel* au Comité permanent de la justice et du Solliciteur général de la Chambre des communes. Pour aider le comité dans son travail, le ministère de la Justice a publié un document de travail intitulé *Toward a New General Part for the Criminal Code of Canada*, qui résumait les grands principes figurant à la Partie générale proposée par la Commission de réforme du droit du Canada, leur fondement, l'état actuel du droit, les recommandations de réforme faites au Canada et à l'étranger, et enfin les questions à examiner.

En 1991, la nouvelle ministre de la Justice, Mme Kim Campbell, a réaffirmé la volonté du gouvernement de soumettre en temps utile au Parlement un projet de Dispositions générales du *Code criminel*, afin que le nouveau texte pût entrer en vigueur au plus tard le 4 juillet 1993, qui marque le centenaire du *Code* actuel.

En février 1992, le Comité permanent de la justice a constitué un sous-comité pour examiner en détail les diverses propositions touchant une nouvelle Partie générale.

### D. Le rôle de l'Association du Barreau canadien

L'Association du Barreau canadien est l'organisation nationale des avocats et avocates du Canada et, depuis sa fondation, s'est toujours intéressée de près à la réforme du droit.

Chaque division provinciale et territoriale de l'Association est dotée d'une section de droit pénal, composée normalement de procureurs de la Couronne, d'avocats criminalistes, de professeurs de droit et de magistrats.

En 1987, M<sup>e</sup> Rocky Pollack, qui présidait à l'époque la Section nationale de droit pénal de l'Association du Barreau canadien, fut nommé président d'un groupe de travail chargé d'examiner les propositions de réforme du *Code criminel* du Canada, que devait présenter la Commission de réforme du droit. M<sup>es</sup> Michelle Fuerst et Heather Holmes, qui font partie du Groupe de travail actuel, ont participé à son lancement, avec Bob Gosman, procureur de la Couronne du Manitoba; Terry La Liberté, avocat criminaliste de Vancouver; Joel Fournier, ancien

membre de l'Assemblée législative des Territoires du Nord-Ouest; et Don McLeod, avocat criminaliste de Calgary. Par la suite, l'Association du Barreau canadien n'a pas été en mesure de trouver des crédits pour la poursuite du projet tandis que de son côté, le ministère de la Justice ne faisait pas grand-chose au sujet des recommandations de la Commission de réforme du droit. C'est pourquoi le groupe de travail a été dissous et ses membres n'ont pu faire un rapport au Conseil de l'Association du Barreau canadien.

En 1990, M<sup>e</sup> Richard Peck, c.r., alors président de la Section nationale de droit pénal de l'Association, a obtenu l'autorisation et les crédits pour la constitution d'un groupe de travail national sur la nouvelle codification du droit pénal, pour faire suite au rapport de la Commission de réforme du droit et faire des recommandations au Comité permanent au sujet des Dispositions générales du nouveau *Code criminel*.

À son avis, l'Association du Barreau canadien était particulièrement qualifiée pour assumer ce rôle, et ce pour plusieurs raisons :

- ses membres à travers le pays jouissent d'une expérience pratique énorme par suite de leur travail quotidien au sein du système de justice pénale;
- ses membres, qui représentent procureurs de la Couronne, criminalistes, professeurs de droit et magistrats, seraient particulièrement qualifiés pour relever et harmoniser les intérêts contradictoires qui se feraient jour dans la formulation de nouvelles Dispositions générales;
- ses membres, ainsi que d'autres juristes auxquels elle pourrait faire appel, connaissent à fond les questions juridiques complexes qui doivent être prises en considération dans la formulation de nouvelles Dispositions générales;
- ses membres, en particulier les avocats criminalistes, constituent peut-être le seul groupe qui soit à même d'exprimer le mieux les préoccupations des justiciables.

Le Groupe de travail de l'Association du Barreau canadien, présidé par M<sup>e</sup> Richard Peck, était composé d'un ou de plusieurs délégués de la section de droit pénal de chaque division provinciale ou territoriale, d'un juge de la Cour d'appel

de la Colombie-Britannique, d'un juge de la Cour de l'Ontario (Division générale), d'un professeur de droit de l'Université de Victoria, et du directeur principal de la Législation et de la Réforme du droit de l'Association du Barreau canadien. Un représentant du Projet de révision du droit pénal du ministère de la Justice assistait à titre d'observateur à toutes les réunions du Groupe de travail. Enfin, celui-ci a retenu les services de deux avocats de Vancouver pour préparer les documents de recherche sur divers sujets.

Le Groupe de travail a tenu cinq réunions entre mai 1991 et mai 1992 à Winnipeg, Montréal, Toronto et Vancouver.

Conscient que les limitations budgétaires et les délais ne lui permettraient pas d'étudier toutes les recommandations du Rapport 31 de la Commission de réforme du droit, il s'est attaché à 17 questions qu'il considérait comme les plus importantes. Des documents de recherche détaillés ont été établis pour la plupart de ces questions; ils comprenaient en général une analyse détaillée de l'état actuel du droit, l'exposé et l'analyse des propositions de réforme faites au Canada et à l'étranger, la définition des questions à examiner et, dans certains cas, des recommandations de réforme.

Le présent rapport est le fruit de l'analyse faite par le Groupe de travail de ces questions difficiles, et de ses débats animés sur un grand nombre de sujets controversés. Sa composition variée signifiait que divers intérêts étaient représentés et que des vues divergentes sur un grand nombre de questions ont été exprimées. Le résultat en a été un débat stimulant et positif et, dans certains cas, un partage des voix quant à la solution possible du problème.

Dans chaque cas, ces divergences reflétaient des divergences de vues sincères et légitimes qui se feront probablement jour de nouveau à l'examen de ces questions aux niveaux politique et ministériel. Le Groupe de travail a décidé qu'au lieu de les passer sous silence, il se devait de présenter clairement les vues opposées et les arguments avancés à l'appui des unes et des autres, afin que le lecteur puisse apprécier les considérations de principe sous-jacentes et les conséquences découlant de l'adoption de l'une ou l'autre des solutions possibles.



Les questions étudiées dans ce rapport sont complexes, et au mieux, celui-ci présente un sommaire du droit dans son état actuel, de ses lacunes ainsi que des modèles de réforme en concurrence. Pour l'étude plus détaillée de chaque question, le lecteur peut consulter les documents de recherche préparés par le Groupe de travail et dont la liste figure en annexe.

#### **E. Financement**

Ce projet n'aurait pu être mené à bien sans le soutien financier généreux des organismes suivants :

- le Fonds du Barreau canadien pour le droit de demain,
- le ministère de la Justice, Ottawa,
- la Commission de réforme du droit du Canada,
- le Barreau du Québec — Fonds d'études juridiques,
- la Fondation du droit de l'Alberta,
- la Fondation du droit de la Colombie-Britannique,
- la Fondation du droit de l'Île-du-Prince-Édouard,
- la Fondation du droit du Manitoba,
- la Fondation du droit du Nouveau-Brunswick,
- la Fondation du droit de la Nouvelle-Écosse
- la Fondation du droit de l'Ontario,
- la Fondation du droit de la Saskatchewan,
- la Fondation des Territoires du Nord-Ouest,
- la Fondation du droit du Yukon.

## II. PRINCIPES DIRECTEURS

### A. La nécessité d'un nouveau Code criminel

Le Groupe de travail souscrit à l'analyse faite par la Commission de réforme du droit des lacunes du *Code criminel* actuel :

... la structure, le style et le contenu adoptés en 1892 subsistent. L'agencement des dispositions laisse à désirer. Le langage est archaïque et les règles sont difficiles à comprendre. Le *Code criminel* comporte des lacunes, dont certaines ont dû être comblées par les tribunaux. Au surplus, il se peut fort bien que quelques-unes de ses dispositions contreviennent à la *Charte canadienne des droits et libertés*.<sup>6</sup>

Un nouveau *Code criminel* s'impose, et dans les plus brefs délais.

### B. Codification

Le Groupe de travail préconise l'élaboration d'un nouveau *code* criminel exhaustif, pour les mêmes raisons que celles données par la Commission de réforme du droit dans son Rapport 33 – *Pour une nouvelle codification de la procédure pénale* :

1. Le recours à la codification permet d'aborder avec ordre et méthode la multitude des concepts et idées juridiques, de façon à présenter le droit comme un tout homogène et cohérent, et non comme une série de propositions isolées.
2. La méthode de la codification suppose que l'on fasse le point sur les textes existants; elle nécessite donc l'examen des idées qui ont cours, non seulement dans l'État intéressé, mais aussi dans tous les autres États civilisés.

---

<sup>6</sup> Rapport 31 - *Pour une nouvelle codification du droit pénal* (Ottawa : Commission de réforme du droit du Canada, 1987), p. 1.

3. Elle a pour effet de mettre un terme à l'incertitude du droit, la totalité des règles applicables se trouvant réunies dans un même ouvrage.
4. La codification rend la loi plus accessible au citoyen moyen.
5. Ceux qui ont pour mission de commenter le droit ont la tâche plus facile, car ils disposent d'un corpus officiel pour effectuer leurs recherches.<sup>7</sup>

Cela dit, le Groupe de travail reconnaît que les valeurs de notre société changent avec le temps, et que notre conception actuelle de la responsabilité pénale pourra bien être transformée par les progrès de la science médicale, de la psychiatrie, de la pénologie et par la consécration chaque jour plus étendue des droits et libertés individuels et collectifs.

Certes les avantages de la codification l'emportent de loin sur un régime de pure *common law* et sur le modèle hybride que nous connaissons à l'heure actuelle, mais il faut faire en sorte que toute codification du droit pénal soit suffisamment souple pour que le législateur et les tribunaux puissent s'adapter aux nouvelles réalités, aux valeurs changeantes et aux nouvelles connaissances touchant l'esprit humain.

C'est ainsi que le Groupe de travail recommandera par exemple le maintien d'une disposition comparable au paragraphe 8(3) du *Code criminel* actuel, savoir qu'«aucun moyen de défense, fait justificatif ou excuse n'est exclu sauf disposition contraire expresse du présent code».

Il n'est pas nécessaire, en fait il ne faut pas que la clarté et l'accessibilité acquises grâce à la codification viennent mettre un frein aux pouvoirs créatifs de la *common law*. Il faut que le

---

<sup>7</sup> *Supra*, note 5, p. 2.



nouveau *Code criminel* réalise l'équilibre entre un exposé clair du droit pénal et la possibilité d'avoir des règles juridiques qui évoluent avec le temps, pour s'adapter aux changements que nous ne sommes même pas capables de concevoir à l'heure actuelle.

### C. Responsabilité pénale et faute subjective

Lorsque notre société en était encore à un stade primitif, le maintien de l'ordre était de la plus haute importance. Un acte interdit emportait présomption irréfragable de responsabilité : la personne qui commettait une infraction en était punie, peu importait son état d'esprit au moment de cette infraction.

Ce n'est que sous l'influence du droit canon et du droit romain que l'idée de blâme moral a fait son apparition pour la première fois en Angleterre au XIII<sup>e</sup> siècle. Cette idée est devenue, après une longue évolution, le principe de *common law* que la *mens rea* ou l'esprit coupable était un élément essentiel de la responsabilité pénale.

Le *Code criminel* de 1892 du Canada a été adopté dans ce contexte historique, savoir qu'il ne saurait y avoir responsabilité pénale sans faute personnelle. Ce principe sous-jacent a été récemment réaffirmé par la Cour suprême du Canada :

Depuis des temps immémoriaux, il est de principe dans notre système juridique qu'un innocent ne doit pas être puni. Ce principe est depuis longtemps reconnu comme un élément essentiel d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit. Il est si ancien que c'est en latin qu'il a été énoncé pour la première fois : *actus non facit reum nisi mens sit rea*.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 288 (1985) 48 CR (3d) 289, page 318, le juge Lamer. L'expression latine signifie : Un acte n'emporte pas culpabilité de la personne qui l'a commis s'il n'a pas été commis dans un esprit coupable.

Non seulement cet élément constitutif de la responsabilité pénale est bien établi en *common law*, mais le principe fait maintenant partie de la Constitution du Canada par l'effet de l'article 7 de la *Charte des droits et libertés*<sup>9</sup>.

Les règles de droit applicables prescrivent sans équivoque que la faute doit être établie subjectivement; il ne suffit pas de dire que la «personne raisonnable» aurait su, ou que l'accusé devait savoir. Pareil critère s'applique à la responsabilité civile, mais ne peut servir à déterminer la responsabilité pénale :

Dans le cas d'une infraction criminelle, le ministère public doit établir un élément moral, savoir que l'accusé qui a commis l'acte prohibé l'a fait intentionnellement ou sans se soucier des conséquences, en étant conscient des faits constituant l'infraction ou en refusant volontairement de les envisager. L'élément moral exigé pour qu'il y ait condamnation exclut la simple négligence. Dans le contexte d'une poursuite criminelle, est innocente aux yeux de la loi la personne qui néglige de demander les renseignements dont s'enquerrait quelqu'un de raisonnable et de prudent ou qui ne connaît pas des faits qu'elle devrait connaître.<sup>10</sup>

Le Groupe de travail est convaincu que la faute subjective est un principe fondamentalement important qui doit être respecté dans chaque disposition du nouveau *Code criminel*. Ce principe fait partie intégrante de la *common law* depuis des siècles, et est maintenant reconnu comme un principe de justice fondamentale visé par l'article 7 de la *Charte*. Il constitue l'un des traits fondamentaux qui distinguent la responsabilité civile et la responsabilité pénale.

---

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> *R. c. Sault Ste-Marie* (1978) 40 CCC (2d) 353 (CSC), p. 362, le juge Dickson.

## PARTIE II : PRÉAMBULE

### III. PROCLAMATION DE L'OBJECTIF ET DES PRINCIPES

#### A. Recommandation du Groupe de travail

Le Groupe de travail recommande l'inclusion du préambule suivant dans le nouveau *Code criminel* :

#### PROCLAMATION DE L'OBJECTIF ET DES PRINCIPES

CONSIDÉRANT que la loi pénale vise à assurer la protection et la sécurité des tous les membres de la société canadienne;

CONSIDÉRANT que cet objectif se réalise par la prescription des normes qui représentent les limites du comportement acceptable et par l'interdiction des agissements coupables qui dépassent ces limites;

CONSIDÉRANT que la loi pénale doit s'appliquer de manière à porter atteinte le moins possible aux droits et libertés individuels;

CONSIDÉRANT que le *Code criminel du Canada* a pour objet de codifier les principes de droit pénal dans un seul texte de loi;

Les principes suivants guideront l'interprétation et l'application du *Code criminel du Canada* :

- a) n'est pas passible de sanction pénale la personne qui agit sans intention coupable;



- b) la loi pénale ne doit être appliquée que dans le cas où les autres moyens de contrôle social sont insuffisants ou inopportuns;
- c) la personne qui commet un ou des crimes répond de son acte;
- d) la loi pénale sera administrée de façon équitable et rationnelle, compte tenu des principes de tolérance, de compassion et de miséricorde qui font partie intégrante des valeurs de la société canadienne.

## B. Discussion

Le Groupe de travail préconise l'adoption d'un préambule qui définit les grands objectifs et principes de droit pénal incarnés dans le nouveau *Code criminel*. Le *Code* actuel ne comporte pas un préambule, alors que la *Loi sur les jeunes contrevenants* est dotée d'une déclaration de principes<sup>11</sup>. La Commission de réforme du droit du Canada était divisée à ce sujet, la majorité de ses membres s'opposant à l'inclusion d'un préambule<sup>12</sup>.

Le Groupe de travail partage l'avis minoritaire de la Commission, selon lequel un préambule avec déclaration de principes facilitera l'interprétation et l'application du *Code criminel*, en particulier dans les cas difficiles. La présence d'une proclamation des principes renforcera l'idée que le *Code* n'est pas une loi ordinaire, mais un texte exhaustif et intégré d'une importance fondamentale. Tout comme le *Code* lui-même, le préambule est une manifestation des valeurs canadiennes. Son contenu est clair, et sa signification, vérifiable. Ces facteurs sont de la plus grande importance dans un domaine du droit qui touche de près, et peut-être plus que n'importe quel autre, tous les Canadiens.

---

<sup>11</sup> L.R.C. (1985), chapitre Y-1, article 3.

<sup>12</sup> *Supra*, note 6, page 7.

## **PARTIE III : LES ÉLÉMENTS ESSENTIELS DE L'INFRACTION**

### **IV. L'ÉLÉMENT MATÉRIEL**

#### **A. Recommandation du Groupe de travail**

Le Groupe de travail recommande l'inclusion dans le nouveau *Code criminel* des dispositions suivantes :

##### **Principe de légalité**

1. Nul n'est pénalement responsable de l'acte qui, au moment de sa survenance, n'était pas une infraction visée au présent Code ou à une autre loi fédérale.

##### **Responsabilité pénale**

2. Sauf disposition contraire expresse, nul n'est pénalement responsable d'une infraction à moins qu'il ne commette l'acte interdit dans une intention coupable, sans justification, excuse ou autre moyen de défense légitime.

##### **Acte interdit**

3. Acte interdit s'entend de tout acte, omission ou état des choses, commis ou survenu dans des circonstances déterminées ou produisant des conséquences déterminées.

### Omission

#### 4. Nul n'est tenu responsable d'une omission à moins:

- a) que par cette omission, il ne remplisse pas une obligation prévue à la présente loi, ou
- b) que cette omission ne soit par elle-même une infraction prévue à la présente loi.

### Lien de causalité

#### 5. (1) Cause un résultat la personne dont les actes ou omissions contribuent pour une large part à ce résultat.

- (2) Une personne peut contribuer pour une large part à un résultat bien que ses actes ou omissions ne soient pas la cause unique ou principale de ce résultat.

- (3) Ne cause pas un résultat la personne dont les actes ou omissions sont tellement dominés par une cause déterminante extérieure qu'ils ne sont qu'une partie du contexte ou des circonstances dans lesquels s'exerce une autre cause déterminante extérieure.

### Acte involontaire conscient

#### 6. (1) Nul n'est tenu responsable d'un acte interdit conscient mais involontaire.

- (2) L'acte interdit est involontaire s'il échappe au contrôle physique de celui qui le commet. Il s'entend notamment de ce qui suit :

- a) spasme, mouvement convulsif ou réflexe,
- b) acte ou mouvement physiquement causé par une force externe,



c) omission ou défaut d'agir conformément à une obligation légale par suite d'une impossibilité physique.

(3) Le présent article ne s'applique pas à l'acte involontaire conscient commis par suite de provocation, de rage, de colère, de troubles mentaux, d'intoxication volontaire ou d'automatisme.

(4) Si l'acte interdit involontaire fait suite à un acte antérieur, volontaire et répréhensible de l'agent, celui-ci peut être tenu responsable de l'acte répréhensible antérieur.

#### Automatisme

7. (1) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction par suite d'un acte interdit commis en état d'automatisme.

(2) Pour l'application du présent article, automatisme s'entend du comportement involontaire inconscient par lequel l'agent, tout en étant capable d'action, n'a pas conscience de ce qu'il fait; le terme s'entend également du comportement involontaire inconscient de nature transitoire, causé par un ou des facteurs externes tels que :

a) choc physique.

b) choc psychologique par suite d'un événement externe extraordinaire qui peut normalement causer un état de dissociation mentale chez l'individu normal moyen,

- c) inhalation d'émanations toxiques, empoisonnement accidentel ou intoxication involontaire,
  - d) somnambulisme,
  - e) apoplexie,
  - f) hypoglycémie,
  - g) grippe ou infection virale,
  - h) autres facteurs du même genre.
- (3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'automatisme causé par :
- a) des troubles mentaux,
  - b) l'intoxication volontaire,
  - c) la faute définie au paragraphe (5).
- (4) Pour l'application du présent article, l'automatisme est causé par des troubles mentaux dans le cas où l'acte involontaire inconscient s'explique principalement par un état subjectif interne ou une faiblesse dans la constitution psychologique, émotionnelle ou organique du prévenu, y compris les états de dissociation mentale causés par les tensions et déceptions ordinaires de la vie.
- (5) Nonobstant le paragraphe (1), l'automatisme ne peut être invoqué comme moyen de défense:
- a) en cas d'infraction intentionnelle si l'agent provoque volontairement l'état d'automatisme dans l'intention de commettre l'acte interdit qui constitue cette infraction,

- b) en cas d'infraction sciemment commise si l'agent provoque volontairement l'automatisme, sachant qu'il est pratiquement certain que sous l'empire de cet automatisme, il commettra l'acte interdit qui constitue l'infraction,
- c) en cas d'infraction de témérité si l'agent provoque volontairement l'automatisme, tout en sachant le risque qu'il court de commettre l'acte interdit constituant cette infraction sous l'empire de l'automatisme, et en sachant qu'il est hautement déraisonnable de courir ce risque.

## B. Discussion

### 1. Principe de légalité

Le Groupe de travail souscrit à la recommandation de la Commission de réforme du droit que le nouveau *Code criminel* renferme une disposition prévoyant que nul n'est pénalement responsable d'un acte qui, au moment où il fut commis, n'était pas une infraction prévue au nouveau *Code criminel* ou à une autre loi fédérale.

Comme la Commission de réforme du droit l'a judicieusement fait observer, la condamnation et la punition en pareil cas seraient injustes parce que la punition n'est pas justifiée, illogiques parce qu'on se trouve à condamner comme délinquant quelqu'un qui n'en est manifestement pas un, et inutiles parce qu'on ne peut pas dissuader quelqu'un de faire quelque chose qui n'est pas encore illégal.



## 2. Responsabilité pénale

Si l'article 2 n'est, strictement parlant, peut-être pas nécessaire parce que les trois éléments essentiels de la responsabilité pénale sont prévus dans d'autres dispositions du *Code criminel*, il remplit quand même deux fonctions utiles :

1. il expose clairement les trois éléments essentiels de la responsabilité pénale,
2. en précisant que l'acte interdit ne constitue une infraction que s'il est commis *dans* l'état d'esprit requis, cet article consacre l'impératif de simultanéité, savoir que l'acte matériel et l'intention coupable doivent être simultanés.<sup>13</sup>

## 3. Acte interdit

Cette disposition sert à définir «acte interdit», qui revient fréquemment tout au long du nouveau *Code criminel*, comme étant tout «acte, omission ou état des choses commis ou survenu dans des circonstances déterminées ou produisant des conséquences déterminées». Ce qui est plus important encore :

1. elle consacre le principe que l'élément matériel de l'infraction peut consister en un acte, une omission ou un état des choses,
2. elle englobe le concept d'«état des choses» pour éviter le problème difficile de la classification acte-omission que poserait une infraction telle que la possession de biens criminellement obtenus (art. 354), la flânerie sur un terrain d'école ou à proximité (art. 179(1)b)) et la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur en état de capacité affaiblie (art. 253a)),

---

<sup>13</sup> Stuart, *supra*, note 2, pages 305-309.

3. elle consacre le principe que les infractions criminelles sont celles qui requièrent la preuve :
  - a. de circonstances déterminées, comme la possession de biens criminellement obtenus, laquelle requiert la preuve que les biens se trouvant en la possession du prévenu ont été volés,
  - b. de conséquences déterminées, comme le meurtre (art. 229a)), qui requiert la preuve que l'accusé a tué un autre être humain.

#### 4. Omission

Cette disposition est dans le droit fil du principe de *common law* selon lequel l'omission n'engage pas la responsabilité pénale sauf à l'égard des obligations expressément prévues par la loi.

L'alinéa a) prévoit la responsabilité de celui qui cause un préjudice criminel faute de remplir une obligation légale, comme la fourniture des choses nécessaires à l'existence de ses enfants à charge (alinéa 215(1)a)). Cette disposition est plus restrictive que les règles actuellement en vigueur, en ce sens que les obligations légales pouvant donner lieu à responsabilité pénale doivent être expressément prévues au nouveau *Code criminel*. Dans l'état actuel du droit, il peut y avoir responsabilité pénale en cas de manquement à toute obligation légale, qu'elle existe en *common law* ou qu'elle soit prévue par une loi fédérale ou provinciale<sup>14</sup>. Ce changement se justifie par le principe que le nouveau *Code criminel* doit être exhaustif. Les justiciables doivent savoir non seulement quels actes sont criminels, mais aussi quelles omissions le sont. Il faut qu'ils trouvent cette information sur les omissions dans le *Code criminel* même, sans avoir à dépouiller des milliers d'autres textes de loi ou de décisions judiciaires.

---

<sup>14</sup> Voir *R. v. Coyne* (1958) 124 CCC 176 (C.A.N.-B.) et *R. v. Popen* (1981) 60 CCC (3d) 232 (C.A.Ont.).

L'alinéa b) embrasse diverses incriminations du *Code criminel* qui définissent l'acte interdit comme le défaut de faire quelque chose, par exemple le défaut de s'arrêter en cas d'accident (paragraphe 252(1)). Ce libellé est plus restrictif que celui proposé par la Commission de réforme du droit dans son Rapport 31 : le sous-alinéa 2(3)b(i) étendrait la responsabilité pénale à toute omission définie comme un crime «par toute autre loi du Parlement du Canada». Le Groupe de travail estime que la règle doit être la même pour l'action et pour l'omission. Si l'acte ou l'omission est suffisamment grave pour engager la responsabilité pénale, il faut qu'il soit prévu au *Code criminel* lui-même.

## 5. Causalité

De nombreuses incriminations requièrent la preuve que le prévenu a *causé* la conséquence. Dans une poursuite pour négligence criminelle par exemple, le ministère public doit prouver que l'accusé a causé la mort d'une autre personne (art. 220) ou lui a causé des lésions corporelles (art. 221).

Dans la plupart des affaires centrées sur la «conséquence», il ressort des faits que l'accusé a «causé» la conséquence. Mais dans certains cas, il se peut que les agissements de l'accusé ne soient pas la cause unique ou principale, ou qu'il y ait une autre cause déterminante. Quelles sont les limites de la responsabilité pénale de l'accusé?

### a. La ligne de démarcation

Les règles actuellement en vigueur en la matière ont été définies par la Cour suprême du Canada dans *Smithers c. La*



*Reine*<sup>15</sup>, qui était une affaire d'homicide involontaire coupable. L'accusé et la victime avaient été expulsés d'une partie de hockey pour bagarre, et lui tenait à reprendre le combat à l'extérieur. La victime était manifestement très effrayée. L'accusé a sauté sur son adversaire et lui a donné un coup de pied dans l'abdomen. La victime a succombé plusieurs minutes plus tard, par asphyxie causée par l'aspiration de ses propres vomissures en raison d'un mauvais fonctionnement de son épiglotte, mauvais fonctionnement qui était probablement provoqué par le coup de pied mais qui aurait pu être aussi causé par la panique ou la frayeur.

La Cour a confirmé la conclusion d'homicide involontaire coupable en ces termes :

témoins experts et ordinaires ont fourni au jury un ensemble de preuves très considérable indiquant que le coup de pied avait pour le moins contribué à la mort, de façon plus que mineure, et que c'est tout ce que le ministère public avait à établir.<sup>16</sup>

Dans son Rapport 31, la Commission de réforme du droit recommandait de prévoir que l'accusé «cause» un résultat seulement si sa conduite «y contribue de façon concrète»<sup>17</sup>. De son côté, le Groupe de travail fédéral-provincial sur l'homicide recommandait de tenir pénalement responsable celui dont l'acte «contribue pour une large part à la mort»<sup>18</sup>.

Notre Groupe de travail recommande d'inclure dans le nouveau *Code criminel* une disposition prévoyant que l'agent cause un résultat si ses actes ou omissions contribuent pour une large part à ce résultat.

---

<sup>15</sup> (1977) 34 CCC (2d) 427.

<sup>16</sup> *Ibid.*, page 435.

<sup>17</sup> *Supra*, note 6, paragraphe 2(6), page 30.

<sup>18</sup> *Rapport final du Groupe de travail fédéral-provincial sur l'homicide* (juin 1990, mis à jour avril 1991), Recommandation 1, page 14.

Plusieurs raisons militent en faveur de cette formulation. En premier lieu, elle est plus facile à comprendre que la formulation adoptée par la Cour suprême du Canada dans *Smithers*. En deuxième lieu, elle fixe la ligne de démarcation tout près, encore qu'à un niveau légèrement supérieur, du seuil actuel. En troisième lieu, elle établit un critère équitable pour le déclenchement de la responsabilité pénale. De l'avis du Groupe de travail, la personne dont les agissements «contribuent pour une large part» à un résultat doit être tenue responsable de ce résultat; le ministère public ne doit pas être obligé de prouver que les agissements de l'accusé «ont contribué de façon concrète» à ce résultat.

#### **b. Cause unique ou principale**

Cette disposition reprend la règle actuellement applicable en la matière, telle qu'elle a été rappelée dans *Smithers*, et est conforme au principe exprimé dans *R. v. Kitching and Adams*<sup>19</sup>, à savoir que :

il n'est pas nécessaire, dans un procès criminel, de prouver que les agissements du défendeur sont la cause unique ou «effective» du crime. ... Il peut y avoir plusieurs autres causes déterminantes de la mort.

#### **c. Cause déterminante indépendante**

La cas de figure suivant illustre l'effet d'une cause déterminante indépendante. L'accusé attaque la victime, mais les blessures infligées ne sont pas mortelles. La victime est admise à l'hôpital et y meurt des suites d'un mauvais traitement médical. Sous le régime de cette disposition, l'accusé ne serait pas tenu pénalement responsable de la mort, puisque le traitement médical intervenu indépendamment de sa

---

<sup>19</sup> [1976] 6 WWR 697 (C.A.Man.).

volonté a fait que les agissements de l'accusé n'étaient qu'une cause insignifiante de la mort<sup>20</sup>.

Le Groupe de travail préfère cette formulation à celle proposée par la Commission de réforme du droit (en anglais «no other unforeseen and unforeseeable cause supersedes it»<sup>21</sup>), parce le sens du mot «supersedes» est obscur dans ce contexte. S'il signifie que la nouvelle cause devient une cause déterminante indépendante, cette formulation va alors dans le même sens que celle du Groupe de travail. Mais elle pourrait être interprétée comme signifiant que la nouvelle cause n'est qu'«une autre» cause et, de ce fait, pourrait avoir pour effet d'exclure la responsabilité pénale dans des cas qui, de l'avis du Groupe de travail, donnent lieu à responsabilité, c'est-à-dire dans des cas où les agissements de l'accusé ne sont pas la cause unique ou principale.

#### **d. La règle du «crâne fragile»**

Dans *Smithers*, la Cour suprême du Canada a confirmé la règle dite du «crâne fragile» en matière de causalité en ces termes : «C'est un principe bien connu que celui qui commet des voies de fait sur une autre personne doit prendre sa victime comme il la trouve.»<sup>22</sup>

Le Groupe de travail ne partage pas cette vue, qui a pour effet de prescrire la responsabilité pénale pour la faute objective, non pas subjective. Si l'accusé ne sait pas que la victime a un «crâne fragile» et ne manifeste pas une parfaite insouciance quant à cette possibilité, il ne saurait être tenu pénalement responsable.

---

<sup>20</sup> Voir *R. v. Smith* [1959] 2 All E.R. 193 (C.A.C.M.).

<sup>21</sup> Rapport 31, *supra*, note 6, paragraphe 2(6), page 30.

<sup>22</sup> *Supra*, note 15, page 437.



## 6. Acte involontaire conscient

Le paragraphe (1) reprend une règle fondamentale de notre système de droit pénal, savoir que seul le comportement intentionnel peut être coupable. Notre société est convaincue que l'être humain est capable de distinguer et de choisir entre le bien et le mal. Si une personne sait distinguer entre le bien et le mal, mais *choisit* de faire le mal, la société est alors moralement justifiée de tenir cette personne responsable du mal qu'elle fait. À l'inverse, il est moralement inacceptable de tenir une personne pénalement responsable de ses actes si elle n'est pas capable de distinguer ou de choisir entre le bien et le mal.

Dans *Leary c. La Reine*, le juge Dickson s'est prononcé en ces termes :

Toute personne est responsable de sa volonté. Lorsqu'en exerçant son libre choix, un membre de la société adopte une conduite nuisible ou socialement inacceptable, contraire au droit criminel, il doit accepter les peines qu'impose la loi pour décourager de tels comportements. La justice n'exige rien de moins. Cependant, pour être qualifié de criminel, l'acte reproché doit avoir été accompli consciemment.<sup>23</sup>

L'acte involontaire peut être conscient ou inconscient. L'acte involontaire inconscient se dit normalement automatisme en médecine et en droit. Les questions que provoquent l'un et l'autre sont complexes, et le Groupe de travail estime que le travail de rédaction et la compréhension y gagneraient si on les prévoyait dans des dispositions distinctes du nouveau *Code criminel*.

Le paragraphe (2) se limite à l'acte physiquement involontaire. Les actes moralement involontaires, comme dans le cas où l'accusé commet l'infraction sciemment mais sous l'empire de la force majeure ou de la contrainte, sont traités dans d'autres articles du nouveau *Code criminel*.

---

<sup>23</sup> (1978) 33 CCC (2d) 473 (CSC), page 486.

En ce qui concerne l'alinéa (2)a), la *common law* reconnaît déjà que les spasmes, mouvements convulsifs<sup>24</sup> et réflexes<sup>25</sup> sont des actes involontaires et ne doivent donc pas être tenus pour coupables.

L'alinéa (2)b) est suffisamment large pour embrasser :

- le mouvement accidentel, comme dans le cas où l'accusé trébuche, tombe ou heurte une autre personne, ou encore tire accidentellement un coup de feu<sup>26</sup>;
- la panne inopinée d'une voiture<sup>27</sup>; et
- la contrainte physique, comme par exemple dans le cas où A prend la main de B qui tient un couteau et la force physiquement à plonger celui-ci dans le corps de C<sup>28</sup>.

L'alinéa (2)c) consacre le moyen de défense fondé sur l'impossibilité physique de remplir une obligation légale.

Le paragraphe (3) n'exonérerait pas de la responsabilité pénale, du moins en ce qui concerne la nature volontaire de l'acte, l'accusé qui commet une infraction par suite de provocation, de rage, de colère, de troubles mentaux, d'intoxication volontaire ou d'automatisme. Dans une certaine mesure, la loi nous fait obligation de contrôler nos émotions, et dans certains cas, nous déclare pénalement responsables si nous nous laissons

---

<sup>24</sup> Voir *Hill v. Baxter* [1958] 1 Q.B. 277 (C.div.).

<sup>25</sup> Voir *R. v. Wolfe* (1975) 20 CCC (2d) 382 (C.A.Ont.).

<sup>26</sup> Voir *R. v. Kolbe* [1974] 4 WWR 579, page 606 (C.A.Alta), et *R. v. Tennant and Naccarato* (1975) 23 CCC (2d) 80, page 96 (C.A.Ont.).

<sup>27</sup> Voir *R. v. Spurge* [1961] 2 All ER 688, page 691 (CA).

<sup>28</sup> Voir *O'Sullivan v. Fisher* [1954] S. Australia State Reports 33 (SC).

emporter par elles. Bien que ces facteurs ne fassent pas de l'acte un acte involontaire, ils peuvent faire l'objet d'autres moyens de défense ou, à tout le moins, constituer des considérations légitimes qui influent sur la peine à appliquer.

Le paragraphe (4) prévoit que l'agent peut être tenu responsable d'un acte répréhensible antérieur, qui était *volontaire* et qui est à l'origine de l'acte interdit involontaire subséquent. Cette règle est juste dans la mesure où l'on peut prouver que l'acte volontaire a été la cause de l'acte involontaire, et que l'intéressé savait ou ne se souciait pas de ce que l'acte volontaire causerait l'acte involontaire interdit.

## 7. Automatisme

Ce projet codifie la règle actuellement en vigueur, telle qu'elle a été exposée dans *Rabey c. La Reine*<sup>29</sup>, et ce à plusieurs égards. En premier lieu, il adopte la définition d'automatisme donnée par la Cour suprême. En deuxième lieu, il distingue aliénation mentale et automatisme. Enfin, il exclut de l'automatisme tout comportement inconscient tenant à l'aliénation mentale ou à l'intoxication volontaire.

Le projet est nouveau en tant qu'il clarifie les cas où l'automatisme provoqué par la propre faute du prévenu ne peut être invoqué comme moyen de défense.

Le paragraphe (2) précise que pour être qualifié d'automatisme, l'acte interdit doit être à la fois inconscient et involontaire. Cette condition vise à souligner que l'absence de volonté est le fondement du moyen de défense, et élimine la possibilité d'invoquer l'automatisme dans les cas où la conscience est amoindrie mais où l'acte est volontaire.

---

<sup>29</sup> 1980) 54 CCC (2d) 1 (CSC).

Le projet énumère sept exemples d'acte involontaire inconscient provoqué par une cause externe, qui satisfont au critère ci-dessus. L'alinéa (2)h) («autres facteurs du même genre») permet aux tribunaux d'y ajouter à la lumière du cas d'espèce.

La disposition de l'alinéa (2)b) sur l'automatisme faisant suite à un «choc psychologique» prescrit une norme objective à la suite de l'arrêt *Rabey*. Le Groupe de travail penche pour cette approche puisqu'elle est conforme au principe voulant que l'automatisme ne peut être invoqué qu'à l'égard du comportement causé par des facteurs externes. Si un choc psychologique ne provoque pas un état de dissociation mentale chez l'individu normal moyen qui se trouve dans la même situation que le prévenu, alors ce fait porte à croire qu'il y a une faiblesse interne subjective dans la constitution de ce dernier.

Cela dit, le Groupe de travail estime que la Commission de réforme du droit a rendu ce moyen de défense trop restrictif, en subordonnant tous les facteurs, physiques comme psychologiques, à un critère objectif<sup>30</sup>. Sa proposition aurait pour effet de dénier le moyen de défense d'automatisme à l'accusé au crâne fragile, à l'accusé diabétique ou à l'accusé affecté d'une réaction métabolique imprévue.

Le paragraphe (3) codifie les règles actuellement en vigueur comme suit :

- en cas d'acte involontaire inconscient causé par l'aliénation mentale, c'est le moyen de défense d'aliénation mentale qui s'applique et non pas celui d'automatisme<sup>31</sup>; et

---

<sup>30</sup> Voir Document de travail 29 – *Partie générale : responsabilité et moyens de défense* (Ottawa : Approvisionnements et Services Canada, 1982), art. 7 : «Quiconque commet une infraction bénéficie d'une excuse s'il agit inconsciemment par suite d'un dérèglement mental temporaire et imprévisible provoqué par une cause extérieure suffisante pour produire le même effet sur une personne moyenne.»

<sup>31</sup> Voir *Revelle c. La l'eine* (1981) 21 CR (3d) 161, page 166 (CSC).



- en cas d'acte involontaire inconscient causé par l'intoxication volontaire, c'est le moyen de défense d'intoxication qui s'applique et non pas celui d'automatisme<sup>32</sup>.

Le paragraphe (4), en distinguant entre l'automatisme causé par l'aliénation mentale et l'automatisme tenant à une autre cause, adopte le critère défini par le juge Martin dans *R. v. Rabey*<sup>33</sup> et subséquemment approuvé par la majorité de la Cour suprême du Canada dans la même affaire<sup>34</sup>.

Le paragraphe (5) exclut ce moyen de défense dans les cas où l'automatisme résulte de la propre faute du prévenu. Ce principe a été rappelé par le juge Martin dans *Rabey* :

L'automatisme qui n'est pas causé par une maladie mentale emporte acquittement, à moins qu'il ne soit provoqué par intoxication volontaire par l'alcool ou une drogue, ou à moins que la prévisibilité de l'acte n'assure l'élément constitutif de la faute, ou la *mens rea*, dans les cas où la négligence ou l'insouciance constitue un fondement de responsabilité.<sup>35</sup>

Ce projet traite l'automatisme provoqué par la faute de l'agent conformément aux principes régissant la *mens rea* ou la faute. L'accusé qui se trouve en état d'automatisme n'est pas responsable du crime à moins que l'élément de faute requis pour ce crime ne soit présent. À l'inverse, l'accusé est responsable du crime si, avant de provoquer l'état d'automatisme, il avait l'intention de commettre ce crime.

---

<sup>32</sup> Voir *Revelle, ibid.*, et *R. v. Hartridge* (1966) 48 CR 389 (C.A.Sask.).

<sup>33</sup> (1977) 37 CCC (2d) 461, pages 477-478 et 482-483 (C.A.Ont.).

<sup>34</sup> *Supra*, note 29.

<sup>35</sup> *Supra*, note 33, page 472.

Ainsi donc, A est coupable de voies de fait sur la personne de B s'il a provoqué un état d'automatisme dans l'intention d'agresser B dans cet état. Le fait que le coup ait été donné pendant que A était dans un état second ne doit pas l'exonérer de la responsabilité d'avoir intentionnellement mis en branle cette chaîne d'actions.

Cependant, si A a fait preuve d'insouciance ou de négligence en provoquant l'état d'automatisme et a commis des voies de fait pendant qu'il était dans cet état, on n'est pas en présence d'un élément moral suffisant pour le condamner pour voies de fait, qui requièrent la preuve du recours intentionnel à la force contre autrui. A pourrait cependant être tenu responsable d'une autre infraction, par exemple la négligence criminelle causant des lésions corporelles, s'il est prouvé qu'il était conscient du risque qu'il courait de commettre l'acte interdit constituant cette infraction pendant qu'il serait dans cet état d'automatisme, et qu'il savait qu'il était hautement déraisonnable de courir ce risque.

## V. L'ÉLÉMENT MORAL

### A. Recommandation du Groupe de travail

Le Groupe de travail recommande l'inclusion dans le nouveau *Code criminel* des dispositions suivantes :

#### Éléments moraux de l'infraction

8. (1) Les éléments moraux de l'infraction qui déterminent la responsabilité pénale sont :

- a) l'intention,
- b) la connaissance,
- c) la témérité.

#### Intention

(2) La personne qui commet l'acte interdit le fait intentionnellement lorsqu'elle désire qu'il existe ou se produise.

#### Connaissance

(3) La personne qui commet l'acte interdit le fait sciemment lorsqu'elle est pratiquement certaine qu'il existe ou va se produire.

#### Témérité

(4) La personne qui commet l'acte interdit le fait par témérité lorsque, vu les circonstances dont elle est effectivement au courant :

- a) elle sait qu'il y a un risque que son acte ou omission constitue l'acte interdit, et

- b) il est hautement déraisonnable de courir ce risque.

L'élément moral se rapporte à tous les aspects de l'acte interdit

- (5) Dans le cas où la loi définissant l'infraction spécifie l'état d'esprit propre à cette infraction sans qu'il y ait distinction entre les différents aspects de l'acte interdit, cet état d'esprit se rapporte à tous les aspects de l'acte interdit constitutif de l'infraction, sauf indication contraire ressortant du contexte.

#### Règle résiduelle

- (6) La définition d'un crime qui ne spécifie pas expressément l'élément moral attaché à ce crime sera interprétée comme prescrivant la preuve de l'intention.
- (7) Dans le cas où la définition du crime fait de la connaissance un élément constitutif, est tenue responsable la personne qui agit ou omet d'agir intentionnellement ou sciemment à l'égard d'un ou de plusieurs aspects de l'acte interdit visé par cette définition.

L'élément moral plus grave est inclusif du moins grave

- (8) Dans le cas où la définition du crime fait de la témérité un élément constitutif, est tenue responsable la personne qui, intentionnellement ou sciemment, agit ou omet d'agir à l'égard d'un ou de plusieurs aspects de l'acte interdit visé par cette définition.



## B. Faute subjective

Au début du présent rapport, le Groupe de travail a posé pour principe directeur entre autres qu'il n'y a pas responsabilité pénale sans faute subjective.

Il est donc crucial que les Dispositions générales du nouveau *Code criminel* indiquent clairement quels états d'esprit doivent être prouvés avant qu'il n'y ait responsabilité pénale.

Face à cette tâche difficile, il y a lieu d'évoquer ces propos fort pertinents d'un auteur :

Plus d'encre a coulé au sujet du concept d'esprit coupable qu'à propos de n'importe quelle autre question de droit pénal. Auteurs et juges parlent de la condition fondamentale de la «mens rea», de l'«état d'esprit répréhensible», de la «culpabilité», de la «responsabilité» ou de la «faute». Ils ont recours à une grande variété de ressources terminologiques et d'acrobaties sémantiques. Ce sujet fait apparaître un éclat dans les yeux de certains auteurs, mais rend vitreux ceux de nombre d'autres et de la plupart des juges. Il y a peu de sujets dont les principes fondamentaux sont aussi controversés.<sup>36</sup>

## C. Circonstances et conséquences

Avant d'aborder les «paradigmes» de l'élément moral qui ont été élaborés par les professeurs de droit et les organismes de réforme du droit, il serait utile de développer ce qui a été dit au sujet de l'«élément matériel» de l'infraction dans la section précédente du présent rapport.

---

<sup>36</sup> Stuart *supra*, note 2, page 117.

La qualification de tout crime requiert la preuve de deux ou trois éléments matériels constitutifs :

- *l'attitude* : l'acte ou la contraction musculaire qui produit l'acte interdit, par exemple le fait d'appuyer sur la détente du pistolet;
- *les circonstances* : la qualification de certaines infractions requiert la preuve que certaines circonstances existent. En cas de possession de biens criminellement obtenus, le ministère public doit prouver la circonstance consistant dans le fait que le bien en la possession du prévenu a été volé;
- *les conséquences* : la qualification de certaines infractions requiert la preuve que certaines conséquences se produisent. En cas de meurtre, le ministère public doit prouver que la conséquence de l'acte illégal de l'accusé était la mort d'un autre être humain.

En théorie, chaque incrimination doit spécifier quel élément moral ou degré de faute doit être prouvé à l'égard de chacun de ces trois éléments matériels. Telle est l'approche adoptée par la Commission de réforme du droit dans son *Rapport 31*<sup>37</sup>. Par contre, l'Australie confond tout dans les «circonstances», employé comme terme général qui comprend à la fois l'acte, les conséquences et les circonstances.

L'Angleterre et la Nouvelle-Zélande adoptent catégories deux: les circonstances et les conséquences. C'est l'approche que préfère notre Groupe de travail, pour plusieurs raisons. En premier lieu, l'inclusion de l'«attitude» pourrait créer des complications, dont la moindre n'est pas la probabilité qu'un grand nombre de gens interpréteraient ce concept comme embrassant tous les éléments de l'acte matériel, ce qui détruirait la raison d'être même de cette disposition. En second lieu, l'attitude ne suffit pas à elle seule à entraîner la responsabilité pénale. Si elle est interdite, c'est parce qu'elle a lieu dans des circonstances déterminées ou produit des

---

<sup>37</sup> *Supra*, note 6, pages 23-25.

conséquences déterminées. Comme l'a fait remarquer Glanville Williams :

Les auteurs ont souvent fait observer qu'il n'y a généralement pas de mal à ce qu'un homme recourbe l'index de sa main droite, à moins (par exemple) que cet index ne soit appuyé sur la détente d'une arme chargée qui est pointée sur quelqu'un. La contraction musculaire, considérée comme l'acte matériel, ne saurait être séparée des circonstances qui l'entourent.<sup>38</sup>

C'est pour ces raisons que le Groupe de travail recommande que l'«acte interdit» soit défini comme tout acte, omission ou état des choses, commis ou survenu dans des circonstances déterminées ou produisant des conséquences déterminées.

#### D. La faute

Lorsque nous parlons d'élément moral en matière criminelle, nous parlons en réalité d'une gamme d'états d'esprit. À une extrémité, l'accusé souhaite la survenance d'une conséquence ou commet l'acte interdit pour produire cette conséquence. À l'autre extrémité de la gamme, il se peut qu'il agisse dans l'ignorance du risque que cette conséquence pourrait se produire. Entre les deux, il y a divers degrés de culpabilité : certitude, probabilité, possibilité. Cette «échelle de la faute» est illustrée au Tableau 1.

---

<sup>38</sup> G. Williams, *Criminal Law: The General Part*, 2<sup>e</sup> édition (London : Stevens & Sons, 1961), page 19.

TABEAU 1 : L'ÉCHELLE DE LA FAUTE

État d'esprit	Circonstances	Conséquences
Désir		Je veux que la conséquence se produise
Certitude	Je sais que la circonstance existe	Je sais que la conséquence se produira
Probabilité	Je me rends compte que la circonstance existe probablement	Je me rends compte que la conséquence se produira probablement
Possibilité	Je me rends compte de la possibilité que la circonstance existe	Je me rends compte de la possibilité que la conséquence se produise
Inadvertance	C'est une déviation marquée de la norme ordinaire de diligence raisonnable que d'avoir cette attitude, d'accepter le risque que ces circonstances existent	C'est une déviation marquée de la norme ordinaire de diligence raisonnable que d'avoir cette attitude, d'accepter le risque que cette conséquence se produise



Étant donné que le Groupe de travail a adopté pour principe directeur qu'il ne saurait y avoir responsabilité pénale sans faute subjective, n'est pas responsable celui qui agit par simple inadvertance, car autrement il serait puni dans les cas où il n'a pas fait mais aurait dû faire attention au risque (application du critère de la «personne raisonnable»). Il s'ensuit que l'accusé serait responsable en raison de ce qu'il aurait dû savoir, et non de ce qu'il savait effectivement; il y aurait alors application d'un critère objectif de la culpabilité, lequel, de l'avis du Groupe de travail, n'a pas sa place en droit pénal.

À l'autre extrémité du spectre, tout le monde conviendrait que plus le degré de faute subjective est élevé, plus la sanction pénale devrait être sévère. Ainsi, une personne qui fait exploser une bombe dans un immeuble dans l'intention de tuer quelqu'un qu'elle sait à l'intérieur, mérite d'être punie plus sévèrement que la personne qui fait exploser une bombe sans être certaine s'il y a quelqu'un à l'intérieur de l'immeuble.

Puisque le droit pénal doit être en mesure de classer les infractions selon leur gravité, non seulement au regard du préjudice causé, mais aussi compte tenu de la culpabilité morale de l'accusé, il nous faut concevoir un système de qualification des infractions qui distingue entre les degrés clairement identifiables de culpabilité, qui embrasse les infractions requérant la preuve des circonstances ou des conséquences, ou des deux à la fois, et qui limite la responsabilité pénale aux cas de faute subjective.

Dans la plupart des cas, plus haut l'élément moral se trouve sur l'échelle de gradation, plus le degré de culpabilité sera élevé. Ainsi donc, l'accusé qui entend tuer tous les passagers d'un avion en le faisant sauter sera plus coupable que celui qui, indifférent à la mort des passagers, ne veut détruire que l'avion. Dans certains cas cependant, l'insouciance ou l'indifférence de l'accusé quant au sort des passagers pourrait trahir une culpabilité égale à celle de celui qui sait qu'il y aura des morts ou qui les souhaite. Par conséquent, il faut que le nouveau *Code criminel* définisse clairement les états d'esprit qui donnent lieu à responsabilité, tout en laissant au législateur la latitude nécessaire pour décider si un état d'esprit est plus coupable qu'un autre.

En essayant de définir les divers niveaux de culpabilité, les organismes de réforme du droit ont adopté un ensemble compliqué de formules, qu'illustre le Tableau 2.

TABLEAU 2 : NIVEAUX DE CULPABILITÉ - TERMINOLOGIE COMPARATIVE

Canada	É.-U.A.	Angleterre	Australie	Nouvelle-Zélande
Dessein	À dessein	Intentionnellement	Intentionnellement	Intention/ connaissance
Témérité	Sciemment	Sciemment	Sciemment	Témérité
Négligence	Par témérité Par négligence	Par témérité	Par témérité Par négligence	Insouciance Négligence

Une certaine précaution s'impose dans l'examen de ces modèles, car la signification assignée à un même terme peut varier considérablement d'un pays à l'autre. Par exemple, l'Angleterre et l'Australie emploient le terme «intentionnellement» pour désigner les niveaux de culpabilité que la Commission de réforme du droit du Canada cerne sous le concept de «dessein» (désir et certitude). De son côté, le *Model Penal Code* des États-Unis limite le «dessein» au désir. De même, il n'y a aucune uniformité dans l'emploi des termes «sciemment» et «par témérité». L'emplacement des niveaux de culpabilité reconnus dans chaque pays sur l'«échelle de la faute» est illustré par le Tableau 3.

Dans la rédaction d'un nouveau *Code criminel*, l'une des tâches les plus difficiles consistera à définir un paradigme qui traduise clairement, simplement, de façon exhaustive et exacte, les vues de notre société au sujet des niveaux de culpabilité et de la faute subjective.

TABLEAU 3 : COMPARAISON DES CONCEPTIONS DE LA FAUTE ET DES NIVEAUX DE CULPABILITÉ

État d'esprit	Commission de réforme du droit du Canada	Model Penal Code des É.-U.	Angleterre	Australie	Nouvelle- Zélande	Groupe de travail ABC
Désir	Dessein	À dessein	Intentionnel- lement	Intentionnel- lement	Intention/ Connaissance	Intention
Certitude		Sciemment				Connaissance
Probabilité	Témérité	Par témérité	Sciemment	Sciemment	Témérité	Témérité
Possibilité						
Inadvertance	Négligence	Par négligence		Par négligence	Insouciance	
					Négligence	



## E. Discussion

### 1. L'intention coupable

Le Groupe de travail recommande que le nouveau *Code criminel* prévoie que «la personne qui commet l'acte interdit le fait intentionnellement lorsqu'elle souhaite qu'il existe ou se produise.»

Intention est un terme difficile à définir, puisqu'il peut signifier des choses différentes. Dans le *Code criminel* actuel, il est parfois employé dans le sens étroit du fait de désirer un résultat. Par exemple, l'article 265 définit les voies de fait comme l'emploi de la force contre une personne sans son consentement. L'article 279 punit quiconque enlève une personne avec l'intention de la faire séquestrer ou emprisonner contre son gré.

À l'autre extrémité, J. Smith soutient<sup>39</sup> que l'«intention» peut couvrir la gamme entière de la *mens rea* : une conséquence est désirée, il est prévu qu'elle sera le résultat certain, le résultat probable ou le résultat possible de l'acte.

De son côté, la Commission de réforme du droit trouvait que la notion d'«intention» causait tant de problèmes qu'elle l'a exclue de sa proposition de *Code criminel*. Elle a recommandé l'adoption de la notion de «dessein», qui se rapporte à la fois à l'intention directe dans les cas où l'accusé désire que la conséquence se produise, et à l'intention indirecte ou oblique, dans les cas où l'accusé est pratiquement certain que la circonstance existe ou que la conséquence se produira.

Le Groupe de travail a longuement débattu les mérites respectifs des différentes formulations, et a finalement conclu qu'un niveau distinct de culpabilité doit caractériser le degré de faute le plus élevé (désir du résultat) et que ce niveau doit être qualifié d'«intention» pour les raisons suivantes. En premier lieu, intention est un terme bien compris des juges et des avocats et a des racines profondes dans notre *common law*. En deuxième lieu, il est important de distinguer intention et

---

<sup>39</sup> "Intention in Criminal Law", (1974) *Current Legal Problems* 93, page 108.

mobile, puisque le ministère public doit prouver la première, non pas le second; l'emploi d'un terme comme «dessein» peut évoquer le mobile dans l'esprit de certains, et peut avoir pour effet d'estomper graduellement cette importante distinction.

En troisième lieu, il est préférable d'assigner au niveau le plus élevé de culpabilité sa signification naturelle – l'intention directe – et d'envisager l'intention indirecte à travers le concept de connaissance.

Pareille approche donnera au législateur une plus grande souplesse pour prévoir des incriminations visant des états d'esprit spécifiques. Par exemple, il pourrait prévoir que le fait de tuer intentionnellement un autre être humain constitue le meurtre du premier degré, et que l'emploi illégal de la force contre une personne tout en étant pratiquement certain que la mort s'ensuivra, constitue le meurtre du second degré.

## 2. La connaissance

Le Groupe de travail recommande l'inclusion dans le nouveau *Code criminel* d'une disposition prévoyant que «la personne qui commet l'acte interdit le fait sciemment lorsqu'elle est pratiquement certaine qu'il existe ou va se produire».

Une personne peut connaître une conséquence, en ce sens qu'elle est pratiquement certaine que cette conséquence se produira, qu'elle le désire ou non. Si quelqu'un compte frapper une autre personne avec une brique mais sait qu'il ne pourra le faire qu'en brisant la fenêtre derrière laquelle se tient cette personne, alors il «sait» qu'il brisera cette fenêtre en frappant cette personne, bien qu'il ne «veuille» pas la briser.

De même, une personne peut connaître les circonstances d'une infraction, en ce sens qu'elle connaît les faits entourant cette infraction. Par exemple, la personne ayant un stupéfiant en sa possession en est pénalement responsable si elle sait que la substance détenue est un stupéfiant.

La connaissance peut être établie par preuve de la connaissance réelle, c'est-à-dire par la preuve concluante que l'accusé savait parfaitement que le bien en sa possession avait été volé ou que la poudre blanche était de la cocaïne. La responsabilité pénale peut être établie si le ministère public peut prouver que l'accusé ignorait délibérément une circonstance.

La personne qui se voit offrir pour 100 \$ une caméra vidéo valant 1 000 \$ par un inconnu dans une taverne pourra bien «savoir» qu'il s'agit d'un article volé si elle s'est rendu compte de la nécessité de poser des questions là-dessus, mais refuse de le faire parce qu'elle ne tient pas à connaître la vérité<sup>40</sup>.

La Commission de réforme du Canada s'est prononcée contre l'inclusion d'un niveau distinct de culpabilité pour la «connaissance»<sup>41</sup>. Par contre, la «connaissance» constitue expressément un élément distinct de la faute dans les dispositions générales du *Model Penal Code* (alinéa 2.02(2)(b)) des États-Unis, du *Draft Code* (alinéa 18(a)) de l'English Law Commission et du *Crimes Act* (alinéa 3F(1)(a)) de l'Australie.

Le Groupe de travail recommande que la connaissance constitue, dans le nouveau *Code criminel*, un niveau distinct de culpabilité, et ce pour plusieurs raisons. En premier lieu, pareille approche va dans le même sens que celle adoptée aux États-Unis, en Angleterre et en Australie. En deuxième lieu, elle convient particulièrement à certaines infractions visées par le *Code*, comme la possession de bien volé, qui sont punies en raison de la connaissance par le contrevenant des faits ou des circonstances entourant l'acte. En troisième lieu, elle intégrerait l'ignorance délibérée dans la notion de connaissance au lieu de la témérité, ce qui est conforme à l'analyse faite par la Cour suprême du Canada dans *Sansregret*. De l'avis du Groupe de travail, l'ignorance délibérée est une exception rationnelle et justifiable au principe de subjectivité qui, à d'autres égards, doit imprégner le nouveau *Code criminel*.

### 3. La témérité

Le Groupe de travail recommande l'inclusion dans le nouveau *Code criminel* d'une disposition prévoyant ce qui suit :

La personne qui commet l'acte interdit le fait téméairement lorsque, vu les circonstances dont elle est effectivement au courant :

- a) elle sait qu'il y a un risque que son acte ou omission constitue l'acte interdit, et
- b) il est hautement déraisonnable de courir ce risque.

---

<sup>40</sup> *Sansregret c. R.* (1985) 45 CR (3d) 193, page 207 (CSC).

<sup>41</sup> *Supra*, note 30, pages 25-26.

La témérité est un concept relativement nouveau en droit pénal; ce n'est que dans les années 1970 que la Cour suprême du Canada et la Chambre des lords ont accepté d'y voir un élément moral d'infraction<sup>42</sup>.

La témérité emporte responsabilité en raison d'un état d'esprit qui n'est pas tout à fait le désir d'un résultat, ou la quasi-certitude qu'une circonstance existe ou qu'une conséquence va se produire. Elle requiert ainsi la preuve que l'accusé n'ignorait pas le risque probable ou possible que son acte fût l'acte interdit.

Pour décider d'une formulation concernant la témérité, il faut prendre en considération deux modèles : l'approche subjective et l'approche subjective-objective. Les deux se retrouvent dans les deux propositions alternatives faites par la Commission de réforme du droit dans son Rapport 31<sup>43</sup>.

Selon l'*approche subjective* (que propose la Commission de réforme du droit), une personne fait preuve de témérité à l'égard d'une conséquence ou des circonstances si, en agissant comme elle le fait, elle sait que ces circonstances existent probablement ou que la conséquence se produira probablement. C'est ainsi que serait responsable d'«homicide par témérité» celui qui a tiré un coup de feu dans une salle de séjour pleine de monde et tué ainsi l'un des hôtes, si le ministère public pouvait prouver qu'il savait qu'il y aurait probablement mort d'homme.

Si la responsabilité était étendue de façon à s'attacher aux actes commis quand l'accusé connaissait les conséquences possibles, celui-ci serait tenu pénalement responsable pour avoir tiré un coup de feu dans une salle de séjour où il n'y avait qu'une seule personne, s'il était prouvé qu'il avait conscience du risque que le coup de feu pourrait tuer cette personne.

---

<sup>42</sup> *La Reine c. Sault Ste-Marie*, note 10, et *D.P.P. v. Morgan* [1976] AC 182 (HL).

<sup>43</sup> *Supra*, note 6, page 24.



De son côté, l'*approche subjective-objective* met l'accent sur l'acceptation consciente d'un risque injustifié. Voici l'exposé qu'en fait Glanville Williams :

La témérité s'inscrit dans les règles relatives à la négligence; il s'agit de la négligence dans les cas où les conséquences peuvent être prévues. Le concept est par conséquent double, étant à la fois subjectif et objectif. Il est subjectif en ce qu'on doit analyser l'état d'esprit de l'accusé afin de déterminer s'il a prévu la conséquence. Si la réponse est affirmative, la partie subjective de l'investigation prend fin et la partie objective commence. On doit se demander si, eu égard aux circonstances, un homme raisonnable qui prévoit ces conséquences serait allé de l'avant malgré le risque. Ce n'est que si la réponse à cette question est également affirmative qu'on peut conclure à la témérité subjective sur le plan juridique.<sup>44</sup>

Le Groupe de travail est en faveur de l'approche subjective-objective pour plusieurs raisons. En premier lieu, elle va dans le même sens que celle adoptée aux États-Unis, en Angleterre, en Australie et en Nouvelle-Zélande. En second lieu, elle est plus souple que l'approche purement subjective, car elle permet de mettre dans la balance le risque relatif et l'utilité sociale de l'acte. Considérons par exemple le cas du chirurgien qui opère un patient avec une chance sur six que celui-ci mourra des suites de l'opération. Si on suit l'approche du Groupe de travail, le chirurgien a conscience du risque que l'intervention aura l'acte interdit (l'homicide) pour résultat, mais il se peut qu'il ne soit pas hautement déraisonnable de courir ce risque, compte tenu de facteurs comme le consentement du patient et la probabilité de mort sans l'opération.

Par contre, quelqu'un qui joue à la roulette russe contre la tête d'un ami sait également qu'il y a une chance sur six que l'acte se soldera par la mort de cet ami et qu'il est hautement déraisonnable de courir ce risque, puisque l'acte n'a aucune utilité sociale.

---

<sup>44</sup> *Criminal Law, supra*, note 38, page 58.

Le Groupe de travail souscrit aux arguments avancés par le professeur Stuart à l'appui de l'approche double :

Elle assure suffisamment de souplesse pour permettre des considérations de principe qui n'auraient pas de place si l'investigation devait porter exclusivement sur la prévoyance subjective. Elle obvie aussi au choix arbitraire entre l'incertitude, la probabilité et la possibilité comme critère de prévoyance. Une fois que l'accusé a subjectivement prévu une conséquence ou une circonstance, le degré de prévoyance en cause n'est que l'un des facteurs à considérer à la seconde étape du test pour décider, objectivement, si le risque assumé ou créé était justifié.<sup>45</sup>

Dans la formulation du Groupe de travail, une fois que le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait subjectivement conscience du risque, c'est la question de l'élément objectif qui se pose, conformément à l'alinéa 4b). Étant donné que de l'avis du Groupe de travail, il ne faut pas codifier la négligence, la plupart de ses membres estimaient qu'il convenait de mesurer l'acceptation consciente du risque par témérité à la lumière de la norme objective de la personne raisonnable. En adoptant pour critère le concept «hautement déraisonnable» au lieu du «risque considérable et injustifié» (*Model Penal Code* américain), la formulation du Groupe de travail souligne la différence entre témérité et négligence.

#### 4. La négligence

Le débat se poursuit encore sur la question de savoir s'il y a responsabilité pénale en cas de négligence insouciance, quand l'accusé aurait dû savoir mais ne savait pas subjectivement parlant que son acte pourrait constituer l'acte interdit.

La Commission de réforme du droit a recommandé que le nouveau *Code criminel* prévoie la «négligence» à titre de degré de culpabilité comme suit :

##### Alinéa 2(4)b)

«Négligence». Une personne est négligente dans sa conduite ou relativement à une conséquence ou à des circonstances, si le fait d'avoir cette conduite ou de prendre le risque (consciemment ou non) que cette conséquence ou ces circonstances se réalisent, constituent un écart marqué par rapport aux normes ordinaires de diligence raisonnable.

---

<sup>45</sup> Stuart, *supra*, note 2, page 140.

Ce critère de l'«écart marqué» est conforme aux récentes décisions de la Cour suprême du Canada<sup>46</sup>. La même disposition se retrouve dans les textes américain, australien et néo-zélandais, mais non en Angleterre.

C'est une décision de principe fondamentale que de décider si la loi *pénale* doit punir la négligence. Il n'est pas nécessaire de répéter les arguments qui ont été avancés avec vigueur par un grand nombre d'auteurs de part et d'autre.

Le Groupe de travail estime que la loi pénale ne doit punir que la faute subjective, et qu'il n'y a pas de place dans notre nouveau *Code criminel* pour la responsabilité pour négligence. La formulation qu'elle adopte pour la témérité, et où intervient un élément objectif, représente la limite que la loi pénale ne devrait pas franchir. Les législatures provinciales et territoriales ont la compétence législative, et la volonté nécessaire, pour interdire les comportements dangereux dans les domaines qui relèvent de leur compétence constitutionnelle. Il s'agit là d'une réponse plus conforme aux principes à tout problème perçu, car elle limite l'opprobre de la sanction pénale aux actes répréhensibles tenant à la faute subjective. Des sanctions appropriées pour la négligence existent dans d'autres domaines du droit, telles les infractions aux règlements, les infractions provinciales et les actions civiles. Il n'est pas nécessaire d'incorporer la négligence dans la loi pénale pour résoudre ces questions.

Le Groupe de travail souscrit à l'observation faite par le professeur Stuart :

Les arguments en faveur de la norme objective de responsabilité pénale sont persuasifs mais non pas irrésistibles. Ils ne sont pas suffisamment concluants pour nous pousser à agir de façon cavalière. Si nous condamnons quelqu'un parce qu'il ne réfléchit pas ou ne réfléchit pas comme il faut, nous devons reconnaître honnêtement que ce que nous faisons, c'est l'assujettir à une norme externe (objective) à laquelle il n'a pas satisfait. ... L'application d'une

---

<sup>46</sup> *R. c. Waite* (1989) 48 CCC (3d) 1, *R. c. Tutton* (1989) 48 CCC (3d) 129 et *R. c. Anderson* (1990) 75 CR (3d) 50.

norme objective reviendrait à se plier inconsidérément aux exigences de ceux qui soutiennent gratuitement que l'extension de la loi pénale est nécessaire pour maintenir la loi et l'ordre. La commission d'un grand nombre de crimes communs comme les voies de fait, le vol, le cambriolage est manifestement le fruit d'une réflexion consciente, encore que momentanée. Dans ces cas, l'approche de la connaissance subjective est bien établie, elle est applicable et constitue le meilleur baromètre de la faute. Son principal avantage tient à qu'elle oblige à juger l'individu à la lumière de *tous* ses points forts et points faibles. ... Tout recours systématique à [une approche objective] pourrait constituer un outil de répression contre les moins favorisés.<sup>47</sup>

#### **5. L'élément moral se rapporte à tous les aspects de l'acte interdit**

Le paragraphe (5) de la recommandation du Groupe de travail vise à lever tout doute quant à la faute qu'il faut démontrer dans les cas où l'incrimination prévoit l'état d'esprit requis pour la commission de l'infraction, sans distinguer entre les différents aspects de l'acte interdit.

Dans ces cas, l'état d'esprit (intention, connaissance ou témérité) se rapporte à tous les aspects de l'acte interdit constituant l'infraction, sauf indication contraire ressortant du contexte.

#### **6. Règle résiduelle**

Le paragraphe (6) de la recommandation du Groupe de travail prévoit que si la définition de l'infraction ne spécifie pas l'état d'esprit qui s'y rattache, elle doit être interprétée comme requérant la preuve de l'intention. Cette disposition va dans le même sens que la recommandation<sup>48</sup> de la Commission de réforme du droit, qui prescrit la preuve du dessein.

---

<sup>47</sup> Stuart, *supra*, note 2, page 195.

<sup>48</sup> Voir Rapport 31, *supra*, note 6, alinéa 2(4)d).



De même, le paragraphe (7) prévoit que si l'incrimination fait de la connaissance un élément constitutif de l'infraction, est tenue responsable la personne qui, intentionnellement ou sciemment, agit ou omet d'agir.

Si le Parlement entend créer une infraction de témérité, il faut qu'il se penche expressément sur cette question en incorporant le concept de «témérité» dans l'incrimination. Si «témérité» était la règle résiduelle, un plus grand nombre d'infractions pourraient être établies par la preuve de la témérité que cela ne devrait être le cas.

#### **7. L'élément moral plus grave est inclusif du moins grave**

Le paragraphe (8) de la recommandation du Groupe de travail est essentiellement la même que celle faite la Commission de réforme du droit dans son alinéa 2(4)c).

Le Groupe de travail convient avec la Commission de réforme du droit que cette disposition empêche que l'accusé échappe à la responsabilité pénale du fait que le degré de culpabilité de son acte est plus élevé que celui dont il est accusé. Par exemple, une personne accusée d'avoir tué par témérité ne doit pas échapper à la condamnation parce qu'elle a tué à dessein.

## VI. L'ERREUR DE FAIT

### A. Recommandation du Groupe de travail

Le Groupe de travail recommande l'inclusion des dispositions suivantes dans le nouveau *Code criminel* :

#### Croyance erronée quant aux faits

9. N'est pas responsable la personne qui a commis une infraction par défaut de connaissance dû à l'erreur ou à l'ignorance quant aux circonstances. Si cependant d'après son interprétation des faits, cette personne pensait commettre une infraction incluse, elle sera tenue responsable de cette infraction incluse.

#### Précaution à observer

10. Pour examiner si l'accusé s'est fait une idée particulière d'un ensemble de faits, le juge ou le jury prendra en considération toutes les preuves, y compris, le cas échéant, celle de l'existence ou de l'absence de motifs raisonnables justifiant cette croyance.

### B. L'état actuel du droit

L'erreur de fait n'est pas prévue à la partie des Dispositions générales du *Code criminel* actuel. Elle fait cependant partie intégrante de la loi pénale du Canada par application du paragraphe 8(3) qui porte :

Chaque règle et chaque principe de la *common law* qui font d'une circonstance une justification ou excuse d'un acte, ou un moyen de défense contre une inculpation, demeurent en vigueur et s'appliquent à l'égard des poursuites pour une infraction visée par la présente loi ou toute autre loi fédérale, sauf dans la mesure où ils sont modifiés par la présente loi ou une autre loi fédérale ou sont incompatibles avec l'une d'elles.

### 1. La règle de *common law*

Dans *Beaver v. The Queen*<sup>49</sup>, l'accusé avait été condamné pour possession de stupéfiant. La déclaration de culpabilité a été infirmée par la Cour suprême du Canada, par ce motif qu'il croyait de bonne foi mais à tort que la substance détenue était du sucre, non pas un stupéfiant : il n'avait donc pas la connaissance qui était un élément constitutif de l'infraction.

L'arrêt *Beaver* était considéré comme le magistère en matière de croyance erronée jusqu'à la décision rendue par la Cour suprême dans *Pappajohn c. La Reine*<sup>50</sup>. Dans cette dernière affaire, l'accusé qui était poursuivi pour viol, soutenait qu'il croyait la femme consentante. Le juge Dickson (dissident sur d'autres points) s'est prononcé en ces termes :

La culpabilité repose sur la perpétration de l'infraction en connaissance des faits et circonstances qui constituent l'acte criminel. Si, compte tenu des faits auxquels le prévenu croit, son acte est criminel, il a alors eu l'intention de commettre l'infraction et peut être puni. Si, par contre, son acte est licite compte tenu des faits qu'il croyait exister, il n'a pas la volonté criminelle et ne devrait pas être puni.<sup>51</sup>

L'arrêt *Pappajohn* pose également pour principe qu'en cas d'infraction requérant la preuve de l'intention ou de la témérité, il n'est pas nécessaire que l'erreur de fait qui caractérise l'acte de l'accusé soit raisonnable, il suffit qu'elle soit sincère.

Cette règle est conforme au principe qui commande de voir dans l'erreur de fait la suppression de l'élément moral. Pour les infractions intentionnelles, la croyance erronée à un fait, aussi déraisonnable soit-elle, s'oppose à la connaissance de ce fait. Par exemple, si A achète une voiture à B en croyant que celui-ci en est le propriétaire légitime alors qu'il n'en est rien, la croyance erronée de A à ce fait supprime l'élément moral du vol, que cette croyance erronée de A soit raisonnable ou non.

---

<sup>49</sup> (1957) 118 CCC 129 (CSC).

<sup>50</sup> (1980) 52 CCC (2d) 481.

<sup>51</sup> *Ibid.*, pages 493-494.

De même, dans les infractions par témérité, la croyance erronée à un fait, aussi déraisonnable soit-elle, n'est pas compatible avec l'attitude qui consiste à courir sciemment le risque que ce fait existe. Ainsi donc, pour ce qui est de l'agression sexuelle, si A a des rapports sexuels avec B en pensant qu'elle était pleinement consentante alors qu'elle ne l'était pas, la croyance erronée de A à ce fait supprime l'élément moral de l'infraction, que sa croyance erronée fût raisonnable ou non.

Bien que la règle en vigueur en Angleterre selon laquelle l'erreur de fait doit être raisonnable dans la plupart des cas, soit plus stricte que le droit canadien en la matière, il se peut qu'il n'y ait guère de différence sur le plan pratique. Si la croyance est fondée sur des motifs raisonnables, il est fort probable que le juge des faits conclura que le prévenu a eu réellement cette croyance. Le juge Dickson a tiré à ce propos la conclusion suivante dans *Pappajohn* :

Le jury devra examiner le caractère raisonnable de tous les motifs qui appuient le moyen de défense d'erreur ou que l'on affirme tel. Bien que des « motifs raisonnables » ne constituent pas une condition préalable au moyen de défense de croyance sincère au consentement, ils déterminent le poids qui doit lui être accordé. Le caractère raisonnable ou non de la croyance de l'accusé n'est qu'un élément qui appuie ou non l'opinion que la croyance existait en réalité et que, par conséquent, l'intention était absente.

Les jurys canadiens, d'après mon expérience, font montre de beaucoup de bons sens et ont une capacité étonnante de distinguer ce qui est vrai de ce qui est spécieux.<sup>52</sup>

Le caractère raisonnable est cependant une condition préalable pour faire valoir l'erreur de fait en cas d'infraction pouvant être commise par témérité. En pareil cas, l'examen porte sur l'attitude qui constitue une déviation marquée par rapport à la norme de la personne raisonnable, et il n'est pas nécessaire de prouver l'élément moral. Il s'ensuit que l'erreur de fait ne saurait être invoquée pour faire valoir l'absence d'intention coupable, mais elle pourrait servir à établir que la croyance erronée du prévenu était raisonnable.

En *common law*, il est deux cas où l'erreur de fait ne peut être invoquée. Le premier cas est celui où l'accusé ignore

---

<sup>52</sup> *Ibid.*, pages 499-500.



délibérément une circonstance, par exemple le fait que le bien acheté était un bien volé. L'accusé qui a conscience de la nécessité d'une certaine investigation mais refuse de s'y livrer parce qu'il ne tient pas à connaître la vérité, est, sur le plan juridique, réputé savoir; il n'y a donc pas erreur de fait<sup>53</sup>.

Le second cas où l'erreur de fait ne peut être invoqué est celui des infractions d'intention générale, où l'erreur de fait est causée par une intoxication volontaire. Par exemple si A, étant intoxiqué, s'est livré à des voies de fait sur la personne de B en pensant que celui-ci consentait au combat, l'erreur de fait de A ne peut constituer un moyen de défense que s'il pensait en toute bonne foi que B consentait à la bagarre et qu'il eût cru la même chose s'il avait été lucide<sup>54</sup>.

Enfin, la doctrine de *common law* du transfert d'intention s'applique : l'accusé qui croyait à tort à un ensemble de faits qui justifient l'acquittement à l'égard de l'infraction reprochée, peut néanmoins être déclaré coupable d'une autre infraction si la croyance erronée constitue la *mens rea* pour la seconde. L'intention peut être «transférée» dans trois cas d'erreur de fait :

- *à l'intérieur de la même infraction* : si l'accusé importait effectivement du haschisch (qui est un stupéfiant), il suffit que le ministère public prouve qu'il savait qu'il importait un stupéfiant<sup>55</sup>;
- *à une infraction moins grave* : si l'accusé s'est effectivement livré à des voies de fait sur la personne d'un agent de police mais sans savoir qu'il en était un, il est coupable de voies de fait ordinaires<sup>56</sup>;
- *à une infraction plus grave* : l'accusé qui vendait effectivement du LSD (drogue contrôlée en application de la *Loi sur les aliments et drogues*) mais pensait en

---

<sup>53</sup> *Sansregret, supra*, note 40, page 208, le juge McIntyre (CSC).

<sup>54</sup> *R. v. Moreau* (1986) 28 CCC (3d) 359 (C.A.Ont.).

<sup>55</sup> *R. v. Blondin* (1970) 2 CCC (2d) 118 (C.A.C.-B.); pourvoi rejeté (1971) 4 CCC (2d) 566 (CSC).

<sup>56</sup> *R. v. McLeod* (1975) 111 CCC 106 (C.A.C.-B.).

toute bonne foi qu'il vendait de la mescaline (drogue régie seulement par le *Règlement sur les aliments et drogues*) pourrait être déclaré coupable de l'infraction plus grave<sup>57</sup>.

## 2. L'erreur de fait dans la loi

Plusieurs dispositions du *Code criminel* portent sur l'erreur de fait, en restreignant les règles de *common law* en la matière :

- *agression sexuelle* : aux termes du paragraphe 150.1(4), «le fait que l'accusé croyait que le plaignant était âgé de quatorze ans au moins au moment de la perpétration de l'infraction reprochée ne constitue un moyen de défense contre [plusieurs infractions visées] que si l'accusé a pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant»;
- *voies de fait* : aux termes du paragraphe 265(4), «lorsque l'accusé allègue qu'il croyait que le plaignant avait consenti aux actes sur lesquels l'action est fondée, le juge, s'il est convaincu qu'il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury, demande à ce dernier de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l'accusé, la présence ou l'absence de motifs raisonnables pour celle-ci»;
- *bigamie* : aux termes de l'alinéa 290(2)a), ne commet pas la bigamie en passant par une formalité de mariage la personne qui «croit de bonne foi, et pour des motifs raisonnables, que son conjoint est décédé».

Plusieurs autres dispositions du *Code criminel* qui, longtemps avant l'adoption de la *Charte*, rejetaient le moyen de défense d'erreur de fait, ont été invalidées par la Cour suprême du Canada par ce motif qu'elles créaient des infractions de

---

<sup>57</sup> *R. c. Kundeus* (1975) 24 CCC (2) 276 (CSC).

responsabilité absolue, en violation de l'article 7 de la *Charte*<sup>58</sup>.

### C. Lacunes des règles actuelles

#### 1. Suppression de l'élément moral

On ne sait pas trop à l'heure actuelle si l'erreur de fait constitue un moyen de défense proprement dit, ou si elle ne fait que supprimer l'élément moral du crime. Dans *Pappajohn*, le juge McIntyre a parlé de l'ignorance des circonstances du défaut de consentement de la plaignante sous l'optique traditionnelle du moyen de défense d'erreur de fait. Par contre, le juge Dickson a préféré voir dans ce concept «la négation d'intention coupable». Le Groupe de travail partage les vues exprimées en la matière par John Williams :

Il s'ensuit que l'erreur de fait n'est pas un «moyen de défense» au même titre que la provocation, la défense légitime, la contrainte ou l'état de nécessité. Ces derniers moyens de défense *justifient* ou *excusent*, en tout ou en partie, ce qui serait un comportement criminel. Une erreur de fait qui supprime l'intention coupable rend innocent l'acte commis et il n'est nullement question d'exonérer le comportement criminel.<sup>59</sup>

#### 2. Croyance de bonne foi

Le Groupe de travail souscrit à la règle de *common law* en vigueur au Canada selon laquelle la croyance sincère mais erronée à un ensemble de faits supprime l'élément moral dans les infractions requérant la preuve de l'intention ou de la témérité, quand bien même cette croyance serait déraisonnable. Cette position est conforme au principe

---

<sup>58</sup> *R. v. Metro News Limited* (1986) 29 CCC (3d) 35 (C.A.Ont.); autorisation de pourvoi refusée (1986) 29 CCC (3d) 35n (CSC) (art. 163(6) – distribution d'écrit obscène); *R. c. Nguyen* (1990) 59 CCC (3d) 161 (CSC) (art. 146(1) – rapports sexuels avec mineure de 14 ans).

<sup>59</sup> «Mistake of Fact: The Legacy of *Pappajohn v. The Queen*», (1985) 63 Can. Bar Rev. 597, pages 604-605.

directeur qu'il ne saurait y avoir responsabilité pénale sans faute subjective.

Cependant, plusieurs dispositions du *Code criminel* ont affaibli cette règle, telles celles qui font à l'accusé obligation de prendre toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant (art. 150.1(4)) ou d'avoir des motifs raisonnables de croire que son conjoint est décédé (art. 290(2)a)). Pareilles dispositions peuvent instituer la responsabilité objective, ce qui constitue dans ces cas une violation inacceptable des principes fondamentaux de responsabilité pénale.

Cela dit, le Groupe de travail ne s'opposerait pas à ce que le nouveau *Code criminel* renferme une disposition prévoyant que pour examiner si le prévenu nourrit une certaine croyance à l'égard d'un ensemble de faits, le juge des faits doit prendre en considération toutes les preuves, y compris, le cas échéant, celle de l'existence ou de l'absence de motifs raisonnables de cette croyance.

### 3. Négligence

Il n'y a à l'heure actuelle qu'une marge très étroite pour l'erreur de fait dans les cas d'infraction pouvant être établie par la preuve de la négligence.

Comme indiqué plus haut, le Groupe de travail est convaincu que la négligence n'est pas un degré de culpabilité sur lequel on peut fonder la responsabilité pénale; si les infractions ne requérant que la preuve de la négligence sont exclues du nouveau *Code criminel*, toute lacune dans les règles qui régissent actuellement l'erreur de fait disparaîtra.

### 4. Intoxication volontaire

Dans *R. v. Moreau*<sup>60</sup>, le juge Martin note que la règle qui interdit d'invoquer l'erreur de fait provoquée par l'intoxication volontaire dans les cas d'infraction d'intention générale, est fondée sur des considérations d'ordre social. Pour les raisons

---

<sup>60</sup> *Supra*, note 54.



indiquées plus loin dans le présent rapport<sup>61</sup>, la classification qui sépare infractions d'intention spécifique et infractions d'intention générale n'est pas légitime et doit être éliminée du nouveau *Code criminel*. Cela fait, les lacunes des règles actuelles en la matière disparaîtraient.

## 5. Transfert de l'erreur de fait

Il serait contraire aux principes fondamentaux de responsabilité pénale de condamner l'accusé pour une infraction, alors que sa faute subjective a eu pour résultat une autre infraction. La *mens rea* doit coïncider avec l'élément matériel. Le Groupe de travail partage cette observation faite par Glanville Williams :

L'accusé peut être déclaré coupable si on peut prouver à son égard et la *mens rea* et l'acte matériel prévus dans l'incrimination, bien qu'ils concernent différents objets. Il ne peut pas être déclaré coupable s'il a l'intention de commettre un crime et que son acte donne lieu à un autre crime, parce qu'il y aurait dans ce cas mépris de l'impératif de la *mens rea* spécifique.<sup>62</sup>

La seule exception à la règle générale, que le nouveau *Code criminel* doit reconnaître, concerne le cas où l'infraction reprochée inclut une infraction moins grave, dont le prévenu peut être déclaré coupable.

## D. Discussion

### 1. Croyance de bonne foi

Le Groupe de travail souscrit à la proposition de la Commission de réforme du droit (alinéa 3(2)a)), dans la mesure où elle vise à prescrire que même la croyance erronée et déraisonnable à un ensemble de faits supprime l'intention coupable.

---

<sup>61</sup> Voir la section sur l'intoxication, page 110.

<sup>62</sup> *Supra*, note 38, page 129.

Il s'oppose cependant à l'alinéa 3(2)b) qui prévoit que cette règle générale «ne s'applique pas dans le cas d'un crime pouvant être commis par témérité ... lorsque l'absence de connaissance est imputable à la témérité de la personne». Pareille solution aurait pour effet d'infirmar la règle établie par l'arrêt *Pappajohn* dans les cas où la témérité dont faisait preuve l'accusé en s'intoxiquant l'a amené à se méprendre sur le consentement de la plaignante aux rapports sexuels. Pour les raisons indiquées plus haut, le Groupe de travail s'oppose à toute restriction de ce genre, qui créerait la responsabilité pénale là où il n'y a pas faute subjective.

## **2. Transfert de l'erreur de fait**

La Commission de réforme du droit recommande (alinéa 3(2)a)) que si, en raison d'une erreur de fait, l'accusé croit commettre un crime autre que celui qui lui est reproché, il soit acquitté de ce dernier mais déclaré coupable de tentative de commettre le premier crime, même si celui-ci est plus grave.

Le Groupe de travail s'oppose à cette disposition. En premier lieu, elle rend l'accusé coupable d'une infraction qui peut n'avoir absolument aucun rapport avec l'infraction reprochée.

En deuxième lieu, elle pourrait amener la police et le ministère public à se laisser aller dans la formulation des chefs d'accusation, puisque toute accusation portée contre le prévenu aurait pour effet, si celui-ci invoque l'erreur de fait, de lui faire supporter la charge de prouver qu'il a agi de façon complètement innocente.

En troisième lieu, aucun des pays étudiés n'adopte cette position extrême.

De l'avis du Groupe de travail, l'erreur de fait doit seulement avoir pour effet de rendre l'accusé responsable d'une infraction incluse moins grave. Ainsi donc, l'accusé qui ne savait pas que la personne qu'il était en train de battre était un agent de police pourrait être déclaré coupable de voies de fait ordinaires.

## **3. Codification des moyens de défense**

Le Groupe de travail estime que le paragraphe 3(17) de la recommandation de la Commission de réforme du droit est inutile. Aucun des pays étudiés n'adopte une duplication ou codification détaillée de ce genre.

## VII. LES TROUBLES MENTAUX

### A. Recommandation du Groupe de travail

Le Groupe de travail recommande l'inclusion de la disposition suivante dans le nouveau *Code criminel* :

**11. N'est pas pénalement responsable de l'acte interdit la personne qui, en raison d'une maladie ou d'une déficience mentale au moment où elle commit cet acte :**

- a) était incapable d'en apprécier la nature ou les conséquences;
- b) pensait que cet acte était moralement juste;
- c) était incapable de se conformer aux prescriptions de la loi.

### B. Capacité de choisir entre le bien et le mal

Aux yeux de la loi pénale, les gens sont réputés sains d'esprit et responsables. La santé mentale, c'est-à-dire la capacité de raisonner et de choisir le bien au lieu du mal, est une condition préalable de la responsabilité pénale. La personne qui n'a pas sa raison, est privée de cette capacité de former l'intention coupable et ne doit donc pas être punie.

La règle est bien établie maintenant, à titre de principe de justice fondamentale visé par l'article 7 de la *Charte*, que la justice pénale ne peut pas condamner une personne qui n'a pas sa raison au moment de l'infraction<sup>63</sup>.

Le législateur a codifié à l'article 16 du *Code criminel* actuel les critères auxquels doit satisfaire l'accusé pour être exonéré de

---

<sup>63</sup> R. c. Swain (1991) 63 CCC (3d) 481 (CSC).

la responsabilité pénale pour cause de troubles mentaux. Ces critères étaient fondés sur le magistère *McNaghten's Case*<sup>64</sup>.

### C. L'article 16 du *Code criminel* actuel

Le paragraphe 16(2) porte :

une personne est aliénée lorsqu'elle est dans un état d'imbécillité naturelle ou atteinte de maladie mentale à un point qui la rend incapable de juger la nature et la qualité d'un acte ou d'une omission, ou de savoir qu'un acte ou une omission est mauvais.

L'un des grands défis auxquels doivent faire face juges et jurys est de comprendre le lien entre ce critère *juridique* et les preuves *médicales* au sujet de l'état psychiatrique de l'accusé, afin d'examiner s'il est légalement responsable de l'acte reproché. Dans *R. v. Rabey*, le juge Martin a tiré cette conclusion :

Le témoignage des experts médicaux au sujet de la cause, de la nature et des symptômes de l'état mental anormal dont souffrirait l'accusé, et sur la manière dont la profession médicale envisage et qualifie cet état, est un facteur important de la décision judiciaire sur la question de savoir si pareil état est assimilable à une «maladie mentale». Cependant, l'opinion des experts médicaux sur la question de savoir si un état mental anormal constitue ou non une maladie mentale n'est pas déterminante, puisqu'il s'agit là d'une question juridique.<sup>65</sup>

### 1. Imbécillité naturelle et maladie mentale

Il s'agit là de termes juridiques qu'a délaissés la profession médicale. Ils avaient cours avant l'avènement de la psychiatrie moderne; ce n'est qu'au XIX<sup>e</sup> siècle que la psychiatrie s'est développée au point de prétendre qu'elle pouvait détecter des symptômes de maladie qui échappaient au profane.

---

<sup>64</sup> (1843) 10 Cl & Fin 200.

<sup>65</sup> *Supra*, note 33, page 473.



L'«imbécillité naturelle» est, selon la définition qu'en donne l'arrêt *R. v. Cooper*, différente de la maladie mentale : il s'agit d'un «état imparfait des facultés mentales en raison d'une défectuosité congénitale ou d'une dégénérescence naturelle, à la différence de l'esprit qui a été sain et qui est tombé malade par la suite»<sup>66</sup>.

La Commission de réforme du droit recommandait dans son Rapport 31 que ce concept soit remplacé en anglais par «defect of the mind» (déficiency mentale) qui embrasse aussi le dérèglement de l'esprit dû à l'arriération mentale, cette dernière n'étant peut-être pas comprise dans l'«imbécillité naturelle» ou la «maladie mentale».

Le Groupe de travail partage cette préoccupation, mais préfère le concept de «mental disability» (déficiency mentale en français), qui est moins dégradant et correspond à la formulation de l'article 15 de la *Charte* (déficiency mentale dans la version française).

«Maladie mentale» a été définie par le juge Dickson dans l'arrêt *Cooper* comme :

toute maladie, tout trouble ou tout état anormal qui affecte la raison humaine et son fonctionnement à l'exclusion, toutefois, des états volontairement provoqués par l'alcool ou les stupéfiants, et des états mentaux transitoires comme l'hystérie ou la commotion.<sup>67</sup>

Cette expression a un sens large et souple, qui permet au juge de première instance de mettre dans la balance, dans chaque cas, les deux intérêts contradictoires que sont la protection de la société et la mesure dans laquelle les personnes souffrant de troubles mentaux doivent être tenues pénalement responsables. Le juge Martin a tiré à ce propos la conclusion suivante dans *R. v. Rabey* :

Puisque la composante médicale du concept traduit ou devrait traduire l'état de la science médicale à un moment donné, le concept de «maladie mentale» peut évoluer en fonction de

---

<sup>66</sup> (1978) 40 CCC (2d) 145 (C.A.Ont.), page 159; infirmé 51 CCC (2d) 129 (CSC).

<sup>67</sup> *Ibid.*, page 144.

l'avancement des connaissances médicales pour ce qui est du dérèglement ou des troubles mentaux.<sup>68</sup>

Une personnalité psychopathique (conduite antisociale, troubles de la personnalité, troubles caractériels) est maintenant considérée comme une maladie mentale; ce n'était pas le cas auparavant<sup>69</sup>.

L'émergence du moyen de défense d'automatisme a focalisé l'attention sur la nécessité de trouver une définition satisfaisante de «maladie mentale». Dans *R. v. Rabey*, le juge Martin a fait la distinction suivante :

... il s'agit de distinguer entre le dérèglement de l'esprit dû à une cause principalement interne qui a sa source dans la constitution psychologique ou émotionnelle de l'accusé, ou dans une maladie organique quelconque, et le dérèglement de l'esprit qui est le résultat momentané de certains facteurs externes déterminés, comme la commotion par exemple.<sup>70</sup>

La recommandation du Groupe de travail propose «maladie» au lieu de «maladie mentale», et ce pour plusieurs raisons. En premier lieu, il serait préférable que la définition demeure aussi large que possible, afin que le nouveau *Code criminel* puisse s'adapter aux nouveaux progrès de la science médicale. Tout dérèglement mental interne qui fait que l'accusé soit incapable d'apprécier la nature ou les conséquences de l'acte interdit, ou croie que ce qu'il fait est moralement juste, ou le rend incapable de se conformer aux prescriptions de la loi, doit l'exonérer de la responsabilité pénale, que ce dérèglement soit une maladie «mentale» ou non.

En second lieu, la formulation proposée par le Groupe de travail pour le moyen de défense d'automatisme spécifie clairement que cette disposition ne s'applique qu'aux troubles mentaux ayant une cause interne.

---

<sup>68</sup> *Supra*, note 33, page 473.

<sup>69</sup> *A.G. Northern Ireland v. Gallagher* [1963] AC 349, page 382; *R. v. Borg* [1969] 4 CCC 262, pages 269-270; *Chartrand c. La Reine* (1975) 26 CCC (2d) 417, page 420 (CSC); *R. v. Simpson* (1977) 35 CCC 337, page 350 (C.A.Ont.); *R. v. Rafuse* (1981) 53 CCC (2d) 161 (C.A.C.-B.).

<sup>70</sup> *Supra*, note 33, page 477.

## 2. Incapacité d'apprécier la nature ou les conséquences de l'acte ou de l'omission

Dans la plupart des procès, la question cruciale qui se pose n'est pas de savoir si l'accusé souffrait d'imbécillité naturelle ou de maladie mentale, mais si l'anomalie «le rendait incapable de juger [de] la nature et [de] la qualité de l'acte ou de l'omission ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais».

Le *Code criminel* est notablement différent des *McNaghten Rules*, en ce qu'il emploie l'expression «juger [de] la nature et [de] la qualité de l'acte» au lieu de «connaître»; le critère prescrit par le *Code criminel* est bien plus large. Cette différence a été illustrée par le juge Dickson dans *Cooper c. La Reine*, en ces termes :

«Connaître» la nature et la qualité d'un acte peut signifier simplement être conscient de l'acte matériel, alors que «juger» peut comprendre l'appréciation et la compréhension des conséquences de cet acte. Dans le cas de l'appelant, par exemple, en se servant de ses mains pour étrangler la victime, il peut bien avoir connu la qualité et la nature de cet acte matériel qu'est la strangulation. Il est tout à fait différent, cependant, de prétendre qu'en accomplissant l'acte de strangulation, il était capable d'en juger la nature et la qualité au sens d'être conscient que cela pouvait entraîner ou causer la mort...

Notre *Code* donne un critère indépendant qui exige un niveau de compréhension de l'acte supérieure à la simple connaissance de l'accomplissement de l'acte; en bref, une capacité de comprendre la nature de l'acte et ses conséquences.<sup>71</sup>

À l'article 16, «nature» et «qualité» visent deux facettes différentes de l'acte, mais ces deux termes sont généralement employés de façon interchangeable. «Nature» vise le caractère physique de l'acte<sup>72</sup>, alors que «qualité» en vise les conséquences physiques<sup>73</sup>. Dans *Kjeldsen c. La Reine*<sup>74</sup>, la

---

<sup>71</sup> *Supra*, note 66, page 146 de l'arrêt de la Cour suprême.

<sup>72</sup> *R. v. Cracknell* [1931] OR 634 (C.A.Ont.).

<sup>73</sup> *R. v. Barnier* (1980) 51 CCC (2d) 193 (CSC).

<sup>74</sup> (1981) 24 CR (3d) 289.

Cour suprême du Canada a décidé que cette formulation excluait l'examen de la question de savoir si l'accusé était capable de juger des conséquences ou de la signification émotionnelles de l'acte; il suffit que le ministère public prouve que l'accusé savait qu'il frappait la victime avec une pierre et que cela pourrait tuer ou blesser.

Le Groupe de travail souscrit à la recommandation de la Commission de réforme du droit que le nouveau *Code criminel* :

1. retienne l'expression «*incapable de juger*», ce qui est conforme aux conclusions de la majorité et de la minorité dans *R. c. Chaulk*<sup>75</sup>, et
2. remplace «*la nature et la qualité de l'acte*» par «*la nature et les conséquences de l'acte*», ce qui est conforme aux récents arrêts *R. c. Barnier*<sup>76</sup>, *Kjeldsen c. La Reine*<sup>77</sup> et *Cooper c. La Reine*<sup>78</sup> de la Cour suprême du Canada.

### **3. Incapacité de savoir qu'un acte ou omission est répréhensible**

Même si la première condition du paragraphe 16(2) n'est pas remplie parce que l'accusé était capable de juger de la nature et de la qualité de l'acte, un plaidoyer d'aliénation mentale pourrait toujours réussir si l'intéressé était incapable de savoir que cet acte était répréhensible. Le débat s'est animé ces dernières années sur la question de savoir si «répréhensible» devrait être interprété de façon restrictive comme signifiant «juridiquement répréhensible», ou de façon libérale comme signifiant «moralement répréhensible»; on note à ce propos une divergence de la doctrine et de la jurisprudence d'Angleterre, d'Australie et du Canada.

---

<sup>75</sup> (1990) 62 CCC (3d) 193 (CSC).

<sup>76</sup> *Supra*, note 73.

<sup>77</sup> *Supra*, note 74.

<sup>78</sup> *Supra*, note 66.



La différence est d'une grande importance : supposons que A tue B sachant qu'il le tue et qu'il est illégal de le tuer, mais sous l'empire d'un délire démentiel qui lui faisait croire que le salut de l'espèce humaine dépendait du fait qu'il serait exécuté pour le meurtre de B et que Dieu lui commandait de parvenir ainsi à ce résultat. L'acte de A est un «crime» si «répréhensible» dans ce contexte signifie «répréhensible aux yeux de la loi»; il ne sera pas un crime si le terme signifie «moralement répréhensible»<sup>79</sup>.

Au Canada, le rapport McRuer recommandait d'assigner à «répréhensible» un sens large, non seulement sur le plan juridique, mais au sens de quelque chose de condamnable aux yeux de l'humanité<sup>80</sup>. Vingt ans plus tard cependant, la Cour suprême du Canada, par son arrêt *Schwartz c. La Reine*<sup>81</sup>, a conclu que le terme «mauvais» figurant au paragraphe 16(2) se rapportait tout simplement à l'acte contraire à la loi.

Ce n'est qu'avec l'arrêt *Chaulk c. La Reine* que la Cour suprême du Canada est revenue sur sa décision antérieure. Rendant le jugement de la majorité, le juge en chef Lamer s'est prononcé en ces termes :

... le mot «mauvais» employé au par. 16(2) signifie nécessairement autre chose qu'«illégal». Quand il s'agit de statuer sur la capacité d'une personne de savoir si l'acte qu'elle accomplit est une chose qu'elle ne doit pas accomplir, il ne se suffit pas de se demander si l'accusé savait que l'acte était contraire au droit positif. Une personne peut très bien se rendre compte qu'un acte est contraire à la loi, mais être en même temps incapable, en raison de son état d'«imbécillité naturelle» ou de maladie mentale, de savoir que l'acte est moralement répréhensible dans les circonstances, selon les normes morales de la société. Ce serait notamment le cas si la personne atteinte de maladie mentale, tout en sachant qu'il est illégal de tuer ... tuait «en croyant agir en conformité

---

<sup>79</sup> Sir J.F. Stephen, *History of the Criminal Law of England* (London : McMillan and Co. 1883), Vol. II, page 149; voir aussi *R. c. Ratti* (1991) 62 CCC (3d) 105 (CSC).

<sup>80</sup> *Royal Commission on the Law of Insanity as a Defence in Criminal Cases in Canada*, 1956, page 13.

<sup>81</sup> (1976) 29 CCC (2d) 1.

d'une ordonnance divine et donc sans encourir de responsabilité morale».<sup>82</sup>

Le Groupe de travail souscrit à l'avis de la minorité dans le Rapport 31 de la Commission de réforme du droit, savoir qu'il n'y a pas responsabilité pénale si l'agent «croyait que sa conduite était moralement acceptable»<sup>83</sup>. La personne mentalement dérangée qui commet un crime en pensant qu'il est moralement justifié, doit être traitée et non pas punie. Notre formulation permettrait d'atteindre ce résultat, tout en prévenant l'exonération du psychopathe qui ne commet pas un crime parce qu'il le croit justifié, mais parce qu'il est indifférent au bien et au mal.

#### 4. Idées délirantes sur un point particulier

Le Groupe de travail souscrit à la conclusion tirée dans l'arrêt *Chaulk* que le paragraphe 16(3) n'ajoute ni n'enlève au moyen de défense général d'aliénation mentale prévu au paragraphe 16(2), et partage la recommandation de la Commission de réforme du droit de l'éliminer du nouveau *Code criminel*.

#### 5. Présomption de santé mentale et charge de la preuve

Aux termes du paragraphe 16(4) du *Code criminel* actuel, «jusqu'à preuve du contraire, chacun est présumé être et avoir été sain d'esprit». Depuis l'arrêt *Clark v. The King*<sup>84</sup> de la Cour suprême du Canada, l'aliénation mentale doit être «prouvée» par prépondérance des probabilités.

Tout récemment, la Cour suprême a confirmé cette règle dans *R. c. Chaulk*, en concluant que l'assignation de la charge de la preuve à l'accusé était une restriction raisonnable de la présomption d'innocence (alinéa 11d) de la *Charte* et pouvait donc se justifier au regard de l'article premier de la *Charte* :

La présomption que chacun est sain d'esprit et l'inversion de la charge de la preuve contenues au par. 16(4) ont pour raison d'être de dispenser le ministère public d'un fardeau

---

<sup>82</sup> *Supra*, note 75, pages 230-233.

<sup>83</sup> *Supra*, note 6, page 37.

<sup>84</sup> (1921) 35 CCC 261.

dont il lui serait virtuellement impossible de se dégager... S'il [était possible pour l'accusé] de repousser la présomption simplement en suscitant un doute raisonnable quant à son aliénation, le but même de la présomption serait mis en échec et l'objectif ne serait pas atteint.<sup>85</sup>

Un grand débat est en cours sur la question de savoir quel critère il faut incorporer dans le nouveau *Code criminel*. La Commission de réforme du droit n'a pas abordé cette question, qu'elle réservait pour les dispositions sur la preuve. Il faut examiner la présomption que chacun est sain d'esprit et la charge de la preuve dans le contexte plus général des conséquences possibles de la conclusion qu'un accusé n'est pas coupable pour cause de troubles mentaux. À la suite de l'arrêt *R. c. Swain*<sup>86</sup>, il n'y a plus maintenant de placement d'office pour traitement dans un hôpital pour une période indéterminée en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur. Les modifications apportées au paragraphe 614(2) à la suite de l'arrêt *Swain* prévoient une audition pour statuer sur l'état mental actuel de l'intéressé; la détention ne sera justifiée que s'il est jugé dangereux en raison de son état d'aliénation mentale au moment de l'infraction.

À la lumière du nouveau régime, ceux qui préconisent le maintien du critère de la «prépondérance des probabilités» soutiennent à cet effet :

1. qu'il est injuste de placer l'accusé dans un hôpital psychiatrique du seul fait qu'un doute raisonnable a été invoqué au sujet des troubles mentaux;
2. qu'il est injuste d'obliger le ministère public à prouver l'aliénation mentale hors de tout doute raisonnable;
3. qu'il y a le risque que l'accusé échappe à la responsabilité pénale en soulevant un doute raisonnable quant à sa santé mentale, puis réussisse à faire valoir à l'audition de placement subséquente que le ministère public n'a pas prouvé les troubles mentaux par prépondérance des probabilités.

---

<sup>85</sup> *Supra*, note 75, page 222.

<sup>86</sup> *Supra*, note 63.

Ceux qui sont en faveur du critère du «doute raisonnable» soutiennent de leur côté :

1. qu'il n'y a en principe aucune raison de déroger au principe fondamental de droit pénal, selon lequel il n'y a pas responsabilité pénale si le ministère public ne peut pas prouver l'élément moral du crime hors de tout doute raisonnable;
2. qu'il n'y a guère de risque que l'accusé puisse soulever avec succès un doute raisonnable quant à sa santé mentale, rien qu'en produisant la preuve d'un comportement bizarre. Dans presque tous les cas, le témoignage des experts sera nécessaire pour établir que le comportement bizarre s'explique par une «maladie mentale»;
3. qu'au premier stade, la question qui se pose est de savoir si l'accusé était sain d'esprit au moment de l'infraction. Au second stade, il s'agit de savoir si l'accusé souffre au moment du procès de troubles mentaux qui justifient son placement en institution. Il n'est ni contradictoire sur le plan des principes ni contraire à l'ordre public que l'accusé soit acquitté grâce à un doute raisonnable soulevé au premier stade, et que le ministère public soit tenu de prouver, au second stade, l'aliénation mentale par prépondérance des probabilités.

Tout compte fait, le Groupe de travail souscrit aux arguments en faveur du critère du «doute raisonnable», savoir qu'une fois des preuves produites sur les troubles mentaux, il doit incomber au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé est sain d'esprit. L'argument que l'adoption de ce critère imposerait au ministère public une charge intolérable ou impossible, ne résisterait pas à l'examen empirique. Selon le professeur Gerry Ferguson :

L'expérience observée aux États-Unis est particulièrement révélatrice. À compter de 1982, dans la moitié des États et devant tous les tribunaux fédéraux, une fois des preuves produites sur l'aliénation mentale, il incombe au poursuivant



de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé est sain d'esprit... J'ai passé en revue les décisions publiées dans ces ressorts pour 1982. Dans presque toutes les causes, il y avait au moins un témoignage d'expert à l'appui du plaidoyer d'aliénation mentale. Mais dans 28 des 30 causes, le moyen de défense d'aliénation mentale a été rejeté; ... l'accusé n'a pas réussi à soulever un doute raisonnable... Devant les juridictions où il incombait à l'accusé de faire la preuve par prépondérance des probabilités, son plaidoyer d'aliénation mentale a échoué dans 16 des 17 cas.<sup>87</sup>

#### D. L'impulsion irrésistible

On a souvent reproché au paragraphe 16(2) de définir l'aliénation mentale par le critère cognitif (compréhension), abstraction faite des aspects émotionnel et conatif (volitif) du processus mental. Dans *Cooper c. La Reine*, le juge Dickson a essayé d'étendre le critère cognitif à l'affaiblissement des facultés émotionnelles, mais cette initiative a tourné court avec l'arrêt *Kjeldsen*.

De même, l'incapacité volitive de s'abstenir d'agir, communément appelée «impulsion irrésistible», a toujours été rejetée comme moyen de défense d'aliénation mentale, vu la difficulté qu'il y a à distinguer entre une impulsion irrésistible et une impulsion à laquelle l'agent n'a tout bonnement pas résisté.

À l'heure actuelle, ni l'incapacité émotionnelle ni l'incapacité volitive ne peut être invoquée pour établir l'aliénation mentale, sauf la preuve qu'elles représentent un symptôme ou une manifestation d'une maladie mentale<sup>88</sup>.

De l'avis du Groupe de travail, les règles de droit actuellement en vigueur sont trop restrictives, car elles signifient que l'incapacité émotionnelle ou volitive de s'abstenir de commettre l'acte ne peut constituer un moyen de défense que si elle est le résultat d'une maladie mentale qui, selon la définition de l'article 16, signifie que l'accusé n'a pas une compréhension cognitive de la nature ou de la qualité de l'acte, ou ne comprend pas qu'il est répréhensible.

---

<sup>87</sup> «A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence», (1989) 14 Queens L.J. 135, page 148.

<sup>88</sup> *R. v. Borg* [1969] 2 CCC 114 (CSC); *R. c. Abbey* (1982) 68 CCC (2d) 394 (CSC).

Le Groupe de travail estime que le nouveau *Code criminel* devrait étendre le moyen de défense de troubles mentaux aux personnes qui, bien qu'elles sachent ce qu'elles font et comprennent que cela est moralement répréhensible, sont «incapables de se conformer aux prescriptions de la loi». Ce serait manquer au principe fondamental voulant qu'il n'y ait pas responsabilité pénale sans faute subjective, que de traiter en criminel une personne qui, en raison d'une maladie ou d'une déficience mentale, est incapable de s'abstenir de l'acte. Dans nul autre cas la loi n'entend punir pareil comportement involontaire.

#### E. Qui peut invoquer l'aliénation mentale?

Dans *Swain c. La Reine*, la Cour suprême du Canada a conclu que la règle de *common law* qui permettait au ministère public d'invoquer la preuve de l'aliénation mentale au-delà de la volonté de l'accusé était un déni de liberté contraire aux principes de justice fondamentale et ne justifiant pas l'exception prévue à l'article premier de la *Charte*. La Cour a recommandé que cette règle fût remplacée :

par une règle qui permettrait au ministère public de ne soulever indépendamment la question de l'aliénation mentale qu'après que le juge des faits a conclu que l'accusé est par ailleurs coupable de l'infraction reprochée. Sous ce régime, le tribunal pourrait juger de la question de l'aliénation mentale après avoir conclu à la culpabilité, mais avant d'inscrire la déclaration de culpabilité. Si le juge des faits concluait par la suite que l'accusé était aliéné au moment de l'infraction, le verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale serait inscrit. À l'inverse, si le juge des faits concluait que l'accusé n'était pas aliéné, au sens de l'art. 16, au moment de l'infraction, une déclaration de culpabilité serait inscrite...

L'accusé pourrait, s'il ne l'a pas déjà fait, soulever la question de l'aliénation mentale après que le juge des faits aurait conclu qu'il était coupable de l'infraction reprochée, mais avant qu'un verdict de culpabilité ne soit inscrit.<sup>89</sup>

**Le Groupe de travail recommande d'adopter la solution choisie par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Swain*, soit en l'incorporant dans les dispositions de procédure du nouveau *Code criminel*, soit en subordonnant la procédure à suivre à la *common law* telle qu'elle est évoquée dans le même arrêt.**

---

<sup>89</sup> *Supra*, note 63, pages 39-41.

## PARTIE IV : MOYENS DE DÉFENSE, FAITS JUSTIFICATIFS ET EXCUSES

### VIII. DÉFENSE DE LA PERSONNE

#### A. Recommandation du Groupe de travail

Le Groupe de travail recommande l'inclusion de la disposition suivante dans le nouveau *Code criminel* :

#### Défense de la personne

12.(1) Toute personne est justifiée, pour se défendre ou défendre autrui, à user de la force raisonnablement nécessaire à cet effet, eu égard aux circonstances telles qu'elle les perçoit.

#### Force excessive

(2) Quiconque fait un usage excessif de la force pour se défendre ou défendre autrui et cause de ce fait la mort d'un autre être humain, n'est pas coupable de meurtre mais d'homicide involontaire coupable.

#### B. L'état actuel du droit

##### 1. Légitime défense contre l'agression non provoquée

Le paragraphe 34(1) du *Code criminel* actuel autorise toute personne à user de la force contre autrui :

1. si elle a été illégalement attaquée,

2. si elle n'a pas provoqué cette agression,
3. si elle n'avait pas l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves,
4. si elle n'a pas usé de plus de force qu'il n'était nécessaire.

Ce critère comporte des éléments subjectif et objectif. Si l'accusé croit (élément subjectif) qu'il est en état de danger imminent à cause de l'agression, l'usage de la force est justifié en légitime défense, bien que cette croyance puisse être erronée<sup>90</sup>.

Cependant, il faut que la force employée par l'accusé pour se défendre ne soit pas excessive, objectivement parlant. Cette règle est assortie de deux réserves. En premier lieu, on ne peut s'attendre à ce que la personne qui se défend contre ce qu'elle perçoit raisonnablement comme une attaque, dose exactement la force défensive nécessaire. En second lieu, l'accusé n'échappe pas nécessairement à l'application du paragraphe 34(1) du seul fait que la force employée a causé la mort ou des lésions corporelles graves<sup>91</sup>.

Selon le paragraphe 34(3), l'usage de la force est justifié si :

1. l'accusé a été illégalement attaqué,
2. il avait l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves en repoussant l'attaque,
3. il a causé la mort ou des lésions corporelles graves parce qu'il avait des motifs raisonnables d'appréhender que la mort ou des lésions corporelles graves ne résultent de l'attaque,
4. il avait des motifs raisonnables de croire qu'il ne pouvait pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

---

<sup>90</sup> *R. v. Baxter* (1975) 27 CCC (2d) 96 (C.A.Ont.).

<sup>91</sup> *R. v. Setrum* (1976) 32 CCC (2d) 109 (C.A.Sask.).



Pour que ce moyen de défense soit accueilli, il faut que l'appréhension de la mort ou des lésions corporelles graves soit une appréhension raisonnable, et que la croyance de l'accusé soit fondée sur des motifs raisonnables et probables. L'accusé peut toujours être considéré comme ayant agi en état de légitime défense, même s'il a cru à tort au danger imminent. Cependant, il faut qu'il y ait des motifs raisonnables et probables de perception erronée, savoir qu'une personne ordinaire faisant preuve de diligence ordinaire aurait commis la même erreur dans les mêmes conditions<sup>92</sup>.

À la différence du paragraphe 34(1), cette disposition ne prescrit pas la proportionnalité de la force employée. Le critère consiste plutôt dans la question de savoir si l'accusé croyait de façon raisonnable que la force employée était proportionnelle au danger. Le jury doit donc se demander : «L'accusé avait-il des motifs raisonnables et probables de croire que pour se protéger, il lui était nécessaire de poignarder l'attaquant?», et non pas : «Était-il nécessaire que l'accusé poignardât l'attaquant pour se protéger lui-même?» Le jury ne doit examiner si la force employée était disproportionnée que dans la mesure où cette question se rapporte à celle de savoir si l'accusé avait une appréhension *raisonnable* de la mort ou des lésions corporelles graves, et s'il avait des motifs raisonnables et probables de croire qu'il ne pouvait faire autrement pour se protéger<sup>93</sup>.

## 2. Légitime défense de l'agresseur

L'article 35 vise le cas de l'accusé qui emploie la force pour se défendre contre une personne qu'il a lui-même attaquée ou provoquée en premier lieu. L'usage de la force est justifié dans ce cas si :

### 1. l'accusé :

- a) a attaqué l'autre personne sans justification et sans l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves, ou

---

<sup>92</sup> *Reilly c. La Reine* (1984) 15 CCC (3d) 1 (CSC).

<sup>93</sup> *R. v. Bogue* (1976) 30 CCC (2d) 403 (C.A.Ont.); *R. v. Mulder (No 1)* (1978) 40 CCC (2d) 1 (C.A.Ont.); et *R. v. Ward* (1978) 4 CR (3d) 190 (C.A.Ont.).

- b) a, sans justification, provoqué l'autre personne à l'attaquer,
- 2. l'autre personne a riposté,
- 3. l'accusé n'a pas tenté de causer la mort ou des lésions corporelles graves,
- 4. l'accusé a refusé de continuer le combat, l'a abandonné ou s'en est retiré autant qu'il lui était possible de le faire,
- 5. l'accusé a fait usage de la force :
  - a) parce qu'il avait des motifs raisonnables d'appréhender que la mort ou des lésions corporelles graves ne résultent de la violence de l'autre personne, et
  - b) parce qu'il croit, pour des motifs raisonnables, que la force est nécessaire pour lui permettre de se protéger de la mort ou des lésions corporelles graves.

### **3. Mesure préventive d'agression**

Selon l'article 37, l'usage de la force est justifié si :

- 1. l'accusé ou une personne placée sous sa protection est attaqué,
- 2. l'accusé n'a recours qu'à la force nécessaire pour prévenir l'attaque ou sa répétition.

### **4. Usage excessif de la force**

Aux termes de l'article 26, «quiconque est autorisé par la loi à employer la force est criminellement responsable de tout excès de force, selon la nature et la qualité de l'acte qui constitue l'excès.»

La Cour suprême du Canada a jugé sans équivoque que le Canada ne connaît pas le moyen de défense restreint d'usage abusif de la force en légitime défense dans le cadre de cet

article, moyen de défense qui permette de réduire le meurtre à l'homicide involontaire coupable<sup>94</sup>. De l'avis de la Cour, le *Code criminel* couvre toutes les facettes de la légitime défense, et il n'y a, sur le plan des principes, aucune justification pour qu'elle introduise un moyen de défense de *common law* d'usage excessif de la force en légitime défense.

### C. Lacunes des règles actuelles

La formulation de la loi en la matière présente de nombreuses lacunes.

En premier lieu, elle est trop compliquée; en particulier, l'article 35 est presque incompréhensible. Les justiciables ne peuvent espérer comprendre les règles applicables, ni leurs droits et obligations. Il ressort d'un examen des décisions judiciaires que les juges donnent couramment aux jurys de mauvaises directives sur l'effet de ces dispositions, et que même des jurys qui ont reçu des directives correctes trouvaient le chef d'accusation déroutant.

En deuxième lieu, certaines dispositions se contredisent les unes les autres. Par exemple, l'article 37 n'autorise que l'usage de la force nécessaire pour prévenir la répétition de l'attaque, alors que selon le paragraphe 34(2), la personne attaquée est fondée à causer la mort si elle croit, pour des motifs raisonnables, que pareil recours à la violence est nécessaire pour sa protection.

En troisième lieu, l'article 26 et le paragraphe 37(2) prévoient à peu près la même chose.

En quatrième lieu, il n'est pas nécessaire de distinguer, du point de vue de l'accusé, l'attaque provoquée et l'attaque non provoquée.

En cinquième lieu, il n'est pas nécessaire de distinguer entre celui qui a l'intention et celui qui n'a pas l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves, puisque l'acte de l'accusé sera examiné à la lumière de la question de savoir s'il a fait un usage raisonnable de la force.

---

<sup>94</sup> *Brisson c. La Reine* (1982) 69 CCC (2d) 97 (CSC); *R. c. Faid* (1983) 2 CCC (3d) 573 (CSC); et *R. c. Bayard* (1989) 70 CR (3d) 95 (CSC).

En sixième lieu, le paragraphe 37(1) est trop restrictif en ce qu'il n'autorise l'usage de la force pour défendre une autre personne que si celle-ci est placée sous la protection de l'accusé.

#### **D. Recommandations de réforme**

Notre société attache une valeur particulière à la sécurité physique de la personne. Elle a en horreur la violence contre la personne humaine et, dans presque tous les cas où cette violence est nécessaire, en donne le pouvoir exclusivement à l'État.

L'une des rares exceptions à ce principe général est la justification de la «défense de la personne». Le défi auquel doivent faire face les réformateurs du droit est de déterminer les circonstances dans lesquelles la société tolère qu'une personne use de la force contre une autre personne, intentionnellement et sans le consentement de cette dernière.

La recommandation du Groupe de travail, inspirée du *Crimes Bill* de la Nouvelle-Zélande, présente une simplicité et une élégance absentes du *Code criminel* actuel, mais embrasse tous les éléments qu'il faut prévoir.

##### **1. Appréhension de l'attaque**

La personne qui fait effectivement l'objet d'une agression doit être justifiée à employer la force contre son attaquant, en légitime défense. Il doit en être de même de la personne qui croit de bonne foi qu'elle est agressée.

La question plus difficile qui se pose est de savoir si la croyance de cette personne à une attaque doit être raisonnable. Par exemple, un professeur de droit maigrichon emprunte une allée sombre, un gourdin à la main parce qu'il craint de se faire attaquer comme beaucoup d'autres l'ont été dans le voisinage. Un homme arrive par derrière en courant et le professeur l'assomme avec son gourdin. En fait, cet homme est un jogger, non pas un voleur. Cependant, le professeur croit sincèrement à une attaque.

Si la croyance du professeur à l'agression était raisonnable, il est manifeste qu'il devrait être en mesure d'invoquer la légitime



défense. Mais qu'en est-il si cette croyance était déraisonnable? Par exemple, il a pu, à cause d'un état d'intoxication volontaire ou d'une névrose, penser qu'il était victime d'une agression, ce que n'aurait pas pensé une «personne ordinaire» se trouvant dans la même situation.

Le Groupe de travail estime qu'une croyance sincère, même si elle est déraisonnable, devrait permettre d'invoquer la légitime défense. Cette solution est conforme à la conclusion tirée par la Cour suprême du Canada dans son arrêt *Pappajohn c. La Reine*<sup>95</sup> et au principe général selon lequel il n'y a pas responsabilité pénale sans faute subjective.

Pour rassurer ceux qui craignent que l'adoption d'une norme subjective n'aboutisse à des acquittements en masse, il suffit de rappeler cette observation du juge Dickson dans *Pappajohn* :

Le jury devra examiner le caractère raisonnable de tous les motifs qui appuient le moyen de défense d'erreur ou que l'on affirme tel. Bien que des «motifs raisonnables» ne constituent pas une condition préalable au moyen de défense de croyance sincère ..., ils déterminent le poids qui doit lui être accordé. Le caractère raisonnable ou non de la croyance de l'accusé n'est qu'un élément qui appuie ou non l'opinion que la croyance existait en réalité et que, par conséquent, l'intention était absente.

Les jurys canadiens, d'après mon expérience, font montre de beaucoup de bon sens et ont une capacité étonnante de distinguer ce qui est vrai de ce qui est spécieux.<sup>96</sup>

## 2. Provocation de la part de l'accusé

La disposition du *Code criminel* actuel sur l'attaque en cas d'agression est longue et compliquée et, de l'avis du Groupe de travail, inutile.

D'une part, si la provocation de la part de l'accusé n'allait pas jusqu'à l'agression, l'autre antagoniste n'est pas justifié à riposter par la force; toute force employée par celui-ci représente un usage illicite de la force, ce qui donne à l'accusé le droit de riposter en légitime défense.

---

<sup>95</sup> *Supra*, note 50.

<sup>96</sup> *Ibid.*, pages 4 19-500.

D'autre part, si la provocation de la part de l'accusé allait jusqu'à l'agression, l'autre antagoniste est justifié à riposter par la force et, tant que cette riposte n'est pas excessive, elle représente un usage licite de la force et l'accusé n'a aucune justification pour riposter.

### 3. La force employée par l'accusé en état de légitime défense

Dans le cas où l'accusé est justifié à faire usage de la force en état de légitime défense, cette force doit-elle être limitée à ce qu'il croit *raisonnablement* être nécessaire pour sa protection, ou est-ce que l'accusé est justifié à faire usage de la force qu'en toute bonne foi il croit nécessaire, que cette croyance soit raisonnable ou non? Autrement dit, le nouveau *Code criminel* devrait-il prescrire une norme objective ou subjective?

Par exemple, si notre professeur de droit empruntant l'allée sombre était justifié à se défendre contre l'homme qui lui arriva par derrière en courant, était-il justifié à ne faire usage que de la force qu'une personne se trouvant dans la même situation considérerait comme appropriée, ou était-il justifié à faire usage d'autant de force que, subjectivement, il croyait nécessaire?

Il s'agit là d'une question difficile. D'un côté, il serait conforme au principe défini par l'arrêt *Pappajohn* de préconiser un critère subjectif, savoir que la croyance sincère, aussi déraisonnable soit-elle, est un moyen de défense valide. De l'autre, le Groupe de travail craint que l'adoption par voie législative d'un critère subjectif ne soit une invitation à l'abus de la force.

Tout compte fait, le Groupe de travail conclut qu'un critère objectif est préférable, et recommande la formulation adoptée à l'article 41 du *Crimes Bill* de la Nouvelle-Zélande. Il semble que dans sa recommandation à ce sujet<sup>97</sup>, la Commission de réforme du droit ait adopté un critère objectif («emploie la force raisonnablement nécessaire»), bien que le paragraphe 3(17) semble s'opposer à cette interprétation en prévoyant que «nul n'est responsable s'il croyait, d'après sa perception des faits, bénéficier d'un moyen de défense [prévu au paragraphe 3(10)]».

---

<sup>97</sup> Rapport 31, *supra*, note 6, paragraphe 3(10).

#### 4. Force excessive

Au cas où le nouveau *Code criminel* adopte le critère de la «force raisonnable» proposé plus haut, le Groupe de travail recommande vivement d'y ajouter une disposition spéciale pour prévoir qu'en cas d'usage excessif de force, il y aura homicide involontaire coupable et non pas meurtre.

Les arguments en faveur de cette solution, qui sont si bien énoncés dans l'ouvrage «Excessive Self-defence: A Need for Legislation»<sup>98</sup>, sont notamment les suivants :

- (1) Cette excuse atténuante est nécessaire pour tenir compte de la culpabilité morale réduite de la personne agissant «de bonne foi», quoique déraisonnablement, en état de légitime défense;
- (2) Elle est plus conforme à la conception contemporaine de la distinction entre meurtre et homicide involontaire coupable. ... Si l'accusé agit «de bonne foi», quoique «déraisonnablement», sa culpabilité morale correspond davantage à un verdict d'homicide involontaire coupable qu'à un verdict de meurtre;
- (3) Dans le contexte de cette excuse atténuante, le jury a la faculté de conclure à l'infraction moins grave d'homicide involontaire coupable, ce qui permettra d'éviter un «acquittement» pur et simple, si ce jury conclut à la présence d'une certaine culpabilité qu'il faut punir;
- (4) La doctrine de la légitime défense excessive peut aussi prévenir un verdict de meurtre, contraire aux directives du juge sur le point de droit, alors qu'un verdict d'homicide involontaire coupable serait plus juste.

---

<sup>98</sup> N.C. O'Brien, (1982-83) 25 Crim. L.Q. 441-457.

### **5. Défense d'autrui**

Le Groupe de travail convient avec la Commission de réforme du droit que la justification de la légitime défense devrait s'étendre à la défense de toute autre personne, non seulement des personnes placées sous la protection de l'accusé comme le prévoit le paragraphe 37(1) actuel.

### **6. L'exception relative aux agents de l'ordre**

Le Groupe de travail s'oppose catégoriquement à la recommandation de la Commission de réforme du droit, aux termes de laquelle la disposition sur la défense de la personne «ne s'applique pas lorsque l'accusé emploie la force contre une personne pouvant raisonnablement être identifiée comme un agent de la paix exécutant un mandat d'arrestation, ou contre toute personne présente et agissant sous l'autorité de ce dernier».

Le Groupe de travail ne peut voir aucune justification à entraver le droit d'un citoyen de se défendre ou de défendre quelqu'un d'autre dans ces conditions. La règle générale régissant la résistance à l'arrestation et l'entrave à la police offre une protection suffisante aux agents dans l'exercice de leurs fonctions. Mais si ceux-ci agissent en dehors de leurs fonctions, les citoyens ont le droit de se défendre eux-mêmes et de défendre d'autres.



## IX. DÉFENSE DES BIENS

### A. Recommandation du Groupe de travail

Le Groupe de travail recommande l'inclusion de la disposition suivante dans le nouveau *Code criminel* :

#### Défense des biens

**13.(1) Toute personne est justifiée à faire usage de la force raisonnablement nécessaire, eu égard aux circonstances telles qu'elles existent ou telles que cette personne les perçoit :**

- a) pour protéger ses biens ou des biens d'autrui contre l'appropriation, la destruction ou l'endommagement illicite,
- b) pour empêcher l'intrusion sur son bien ou en expulser un intrus.

**(2) En aucun cas il n'est raisonnable, dans la défense d'un bien, de causer intentionnellement la mort.**

### B. L'état actuel du droit

#### 1. Défense de biens mobiliers

Aux termes du paragraphe 38(1) du *Code criminel* actuel, quiconque est en paisible possession de biens meubles est fondé soit à empêcher un intrus de les prendre soit à les reprendre à l'intrus, s'il ne le frappe pas ou ne lui inflige aucune lésion corporelle.

Le paragraphe 38(2) ajoute que si la personne en possession paisible d'un bien s'empare de ce bien, l'intrus qui persiste à

vouloir le garder ou le lui enlever, est réputé commettre une attaque.

Il s'ensuit que si un intrus essaie de prendre un bien qui se trouve en la possession paisible d'une personne et que celle-ci s'en empare, cette personne est justifiée à faire usage de la force contre l'intrus pour reprendre ce bien.

Aux termes du paragraphe 39(1), quiconque est en possession paisible d'un bien meuble en vertu d'un droit invoqué, est à l'abri de toute responsabilité pénale en défendant cette possession, même contre une personne qui légalement a droit à la possession du bien en question, s'il n'emploie que la force nécessaire.

Par contre, quiconque est en possession paisible d'un bien qu'il ne réclame pas de droit, n'est ni justifié ni à l'abri de la responsabilité pénale s'il défend sa possession contre une personne qui légalement a droit à la possession de ce bien.

L'article 39 exonérerait ainsi l'exploitant d'une dépanneuse qui emploie la force contre le propriétaire d'un véhicule, afin de garder ce véhicule qui avait fait l'objet d'une contravention pour stationnement interdit et qui avait été enlevé des lieux. Cette disposition ne protégerait cependant pas le conducteur de la dépanneuse qui savait que la contravention était invalide parce que le véhicule stationnait légalement.

L'une des difficultés causées par l'article 39 tient au membre de phrase «légalement a droit à la possession», qui sous-entend une détermination légale du droit de propriété, laquelle ne serait faite, dans la plupart des cas, que longtemps après que le litige se fait jour. Il est possible que cette disposition ait pour effet d'instaurer la responsabilité absolue (présomption irréfutable de responsabilité), de façon que si en fin de compte, il est jugé que la partie qui reprend possession avait légalement droit à la possession, elle n'ait pas droit à ce moyen de défense bien que le possesseur ne le sût pas au moment considéré. Une réponse possible à cette question est que la personne faisant cette erreur pourrait être considérée comme ayant une prétention ou un droit et, par conséquent, comme ayant droit au moyen de défense prévu au paragraphe 39(1).

## 2. Défense d'une maison d'habitation ou d'un bien immeuble

Aux termes de l'article 40, quiconque est en possession paisible d'une maison d'habitation est fondé à employer la force nécessaire pour empêcher qui que ce soit d'effectuer une effraction ou de s'introduire de force dans cette maison sans autorisation légitime.

Selon le paragraphe 41(1), qui est bien plus fréquemment invoqué en raison de sa formulation large, quiconque est en possession paisible d'une maison d'habitation ou d'un *bien immeuble* est fondé à employer la force pour en empêcher l'intrusion par qui que ce soit, ou pour en éloigner un intrus, s'il ne fait usage que de la force nécessaire.

Aux termes du paragraphe 41(2), l'intrus qui résiste à la tentative de la personne qui est en possession paisible de l'empêcher d'entrer ou de l'éloigner, est réputé avoir commis des voies de fait.

L'article 42, que Stuart estime «incroyablement oblique»<sup>99</sup>, prévoit en son paragraphe (1) que toute personne est fondée à entrer paisiblement de jour dans une maison d'habitation ou sur un bien immeuble pour en prendre possession si elle y a légalement droit, et en son paragraphe (2) que quiconque agresse cette personne est coupable de voies de fait.

À la différence de l'article 41, l'article 42 prévoit le droit de faire usage de la force afin d'empêcher un intrus de pénétrer dans la maison d'habitation ou la propriété, ou de l'en expulser. Cette disposition traduit la plus grande valeur traditionnellement attachée aux biens immeubles qu'aux biens meubles. De même, la personne qui est en possession paisible d'une maison d'habitation n'est nullement tenue à l'obligation de battre en retraite au point de l'abandonner aux mains de son adversaire<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> *Supra*, note 2, page 418.

<sup>100</sup> *R. v. Deegan* (1980) 49 CCC (2d) 417 (C.A. Alta).

### 3. Degré de force

Les articles 39, 40 et 41 emploient des termes similaires, mais non identiques, pour indiquer le degré de force qui peut être employé :

- article 39 : n'emploie que la force nécessaire;
- article 40 : employer la force nécessaire;
- article 41 : ne fait usage que de la force nécessaire.

Ce qui brille par son absence, c'est le modificatif «raisonnablement», tout comme à l'article 37. C'est là une indication de signification plutôt élastique, puisque ce qui est «nécessaire» dépendra des faits et circonstances de chaque cas d'espèce. Selon Colvin, ces mots peuvent être interprétés comme signifiant qu'ils autorisent à faire «ce qu'il faut» pour atteindre le résultat voulu<sup>101</sup>. Dans *R. v. Baxter*, le juge Martin a adopté le critère de proportionnalité comme suit :

Les articles du *Code* autorisant l'usage de la force pour la défense de la personne ou des biens, pour prévenir un crime, et pour arrêter les contrevenants, expriment en général avec plus de détails le grand principe de *common law* que l'usage de la force dans ces cas est subordonné à la condition restrictive que la force employée soit nécessaire, c'est-à-dire que le préjudice à prévenir n'aurait pu être empêché par des moyens moins violents, et que la blessure ou le préjudice causé ou dont on aurait pu raisonnablement prévoir qu'il serait causé par la force employée, ne serait pas hors de proportion avec la blessure ou le préjudice que cet usage de la force vise à prévenir.<sup>102</sup>

Les commentateurs ne s'entendent pas sur la question de savoir si ces articles imposent un critère objectif ou subjectif. Stuart et Colvin concluent l'un et l'autre que leur libellé pourrait signifier un critère vraiment objectif<sup>103</sup>, tandis que pour les

---

<sup>101</sup> E. Colvin, *Principles of Criminal Law*, 2<sup>e</sup> édition, (Toronto : Carswell, 1991) pages 225-226.

<sup>102</sup> *Supra*, note 90, page 113.

<sup>103</sup> Stuart, *supra*, note 2, page 407, et Colvin, *supra*, note 101, page 222.



glossateurs du *Code criminel* de Tremeear et du *Code criminel* de Martin, la formule «n'emploie que la force nécessaire» sous-entend un critère subjectif<sup>104</sup>. À l'heure actuelle, la tendance est à un critère subjectif-objectif pour résoudre la question du degré de force nécessaire, critère qui admettrait l'erreur raisonnable en la matière. Dans *R. v. Weare*<sup>105</sup>, la Division d'appel de la Nouvelle-Écosse conclut que le critère qui s'incarne dans le paragraphe 41(1) consiste à déterminer «si l'accusé a fait usage de plus de force qu'il n'avait lieu de croire nécessaire».

### C. Recommandations de réforme

#### 1. Distinction entre bien meuble et bien immeuble

Le Groupe de travail conclut qu'il n'y a en principe aucune raison pour laquelle le nouveau *Code criminel* devrait distinguer entre défense de biens meubles et défense de biens immeubles.

Le critère applicable à la défense contre l'appropriation ou l'occupation illégale des uns et des autres devrait être le même.

#### 2. Cas justifiant l'usage de la force

Le Groupe de travail estime qu'il y a lieu d'appliquer un critère subjectif à l'examen des circonstances dans lesquelles l'usage de la force est justifié, et ce au moyen du membre de phrase «eu égard aux circonstances telles qu'elles existent ou telles que cette personne les perçoit».

Ainsi la personne qui est convaincue que son bien va être endommagé ou illégalement pris a le droit d'employer la force pour empêcher l'endommagement ou le vol, même si cette croyance est erronée et même s'il est déraisonnable que quiconque ait cette croyance.

Cette proposition va dans le même sens que la recommandation du Groupe de travail concernant la défense de la personne.

---

<sup>104</sup> Watt et Fuerst, pages 80-81, et Greenspan, page 78.

<sup>105</sup> (1983) 4 CCC (3d) 494, page 499.

### 3. Caractère raisonnable de la force employée

Le Groupe de travail estime qu'il y a lieu d'appliquer un critère objectif pour déterminer le degré de force qu'on peut employer dans la défense des biens, et ce au moyen du membre de phrase «faire usage de la force raisonnablement nécessaire».

Cette proposition va dans le même sens que la recommandation du Groupe de travail concernant la défense de la personne. Comme noté dans ce dernier contexte, cette position semble aller à l'encontre du principe directeur adopté par le Groupe de travail et selon lequel il ne saurait y avoir responsabilité pénale sans faute subjective. Cependant, ce que nous examinons en l'occurrence, ce n'est pas la faute, mais un fait justificatif, qui signifie que l'acte justifié ne doit être entaché d'aucune culpabilité. Étant donné qu'une erreur déraisonnable est une erreur commise par négligence, elle ne peut jamais justifier l'acte<sup>106</sup>.

### 4. Homicide intentionnel

Le Groupe de travail recommande de prévoir que dans la défense des biens, il n'est jamais «raisonnable» de causer intentionnellement la mort. Cette recommandation consacre la valeur fondamentale qu'attache notre société à la vie humaine, qui est toujours plus précieuse que les biens.

La proposition du Groupe de travail donne à la défense des biens un champ d'application plus étendu que ne le faisait la recommandation de la Commission de réforme du droit, laquelle n'autoriserait pas l'usage de la force qui cause à dessein la mort ou des lésions corporelles graves.

Le Groupe de travail estime que la formulation de la Commission de réforme du droit est trop restrictive. En premier lieu, elle est centrée sur le résultat de l'usage de la force (c'est-à-dire la mort ou les lésions corporelles graves) et non pas sur l'intention de la personne qui fait usage de cette force. En second lieu, il est peut-être des cas où le sujet est justifié, dans la défense de biens, à infliger intentionnellement des lésions corporelles graves à une autre personne. Le public ne court aucun risque en gardant cette option ouverte, car la personne qui fait usage de ce degré de force aura à convaincre le juge des faits que cette force est raisonnable eu égard aux circonstances. En d'autres termes, le principe de proportionnalité est une protection contre l'abus de ce moyen de défense.

---

<sup>106</sup> Colvin, *supra*, note 101, page 208. Voir aussi Stuart, *supra*, note 2, page 391.

## X. NÉCESSITÉ

### A. Recommandation du Groupe de travail

Le Groupe de travail recommande l'inclusion de la disposition suivante dans le nouveau *Code criminel* :

#### État de nécessité

14. (1) N'est pas pénalement responsable la personne qui commet un acte interdit pour se protéger ou protéger une autre personne, ou pour prévenir un endommagement grave et immédiat de ses biens, si le danger dont elle sait ou croit qu'il existe est tel qu'eu égard à toutes les circonstances (y compris l'une quelconque de ses caractéristiques personnelles qui en affectent la gravité), on ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle fasse autrement.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard de la personne qui, sciemment et sans excuse raisonnable, s'expose d'elle-même au danger.

### B. L'état actuel du droit

Le *Code criminel* actuel ne comporte aucune disposition relative à l'état de nécessité; l'admissibilité de cette catégorie dépend du paragraphe 8(3), qui maintient en vigueur les moyens de défense de *common law*.

Dans *Morgentaler c. La Reine*<sup>107</sup>, la Cour suprême du Canada a jugé que le moyen de défense de *common law* d'état de nécessité était certes maintenu en vigueur par ce qui est maintenant le paragraphe 8(3), mais qu'il n'y avait en l'espèce aucune preuve de l'urgente nécessité qui peut, dans des cas très exceptionnels, justifier une violation de la loi pénale.

---

<sup>107</sup> (1975) 20 CCC (2d) 449.

Neuf ans plus tard, par l'arrêt *Perka c. La Reine*<sup>108</sup>, la Cour a confirmé à l'unanimité et expressément que le moyen de défense d'état de nécessité existait en droit canadien, et elle en a défini la portée.

Stuart a résumé les éléments essentiels que doit réunir ce moyen de défense pour être accueilli au Canada :

- (1) il faut qu'il y ait un risque imminent lorsque l'acte est commis pour prévenir un danger direct et immédiat;
- (2) il faut que l'acte de l'accusé soit inévitable, inéluctable et qu'il n'y ait aucun autre choix qui ne constitue pas une violation de la loi pénale; et
- (3) il faut que le préjudice causé soit moins grave que le préjudice que l'accusé cherchait à prévenir.<sup>109</sup>

### C. Lacunes des règles actuelles

#### 1. Spontanéité

Dans *Perka*, le juge en chef Dickson conclut que l'accusé doit faire face à un danger si imminent et évident «qu'un être humain normal serait instinctivement forcé d'agir et de considérer tout conseil de temporiser comme déraisonnable». Cette conclusion sous-entend au moins un certain degré de spontanéité que la Cour d'appel de l'Ontario a poussé un peu plus loin dans *R. v. Morgentaler, Smoling and Scott*<sup>110</sup>, où il a été jugé que l'absence de spontanéité privait automatiquement l'accusé du moyen de défense d'état de nécessité.

Cette position a été jugée excessivement restrictive. Par exemple, Colvin reconnaît que l'état de nécessité étant une excuse (et non un fait justificatif), il ne peut être invoqué que

---

<sup>108</sup> (1984) 14 CCC (3d) 385, pages 405-406.

<sup>109</sup> *Supra*, note 2, page 434.

<sup>110</sup> (1985) 48 CR (3d) 1.



dans les cas où le caractère «involontaire» de l'acte est indéniable. Il reconnaît qu'il est souvent difficile de réconcilier préparation et délibération avec «acte involontaire», mais estime que les deux idées ne sont pas entièrement incompatibles.

Colvin cite l'exemple de l'alpiniste qui, encordé à un compagnon qui a fait une chute, a dû couper la corde pour éviter d'être entraîné dans la chute. Dans cet exemple, il est clair que l'un doit mourir pour que l'autre soit sauvé. Il serait injuste d'imposer la condition de «spontanéité» dans ce cas :

Le moyen de défense doit-il être rejeté d'office du fait qu'il y a eu un échange avant la mort? Il semble que ce soit là une façon bien fruste de résoudre les questions difficiles que pose l'affaire. Il est difficile de concevoir qu'un état de nécessité ne soit pas admis parce que les éléments en ont été examinés.<sup>111</sup>

## 2. Absence d'autres choix raisonnables

Selon l'arrêt *Perka*, le moyen de défense d'état de nécessité ne peut être invoqué que lorsque l'observation de la loi a été de toute évidence impossible.

Stuart conclut que l'insistance littérale sur cette condition ferait de l'état de nécessité un moyen de défense «en voie de disparition»<sup>112</sup>.

## 3. Proportionnalité

Dans l'arrêt *Perka*, le juge en chef Dickson a qualifié l'état de nécessité d'excuse; à ce titre, il faut qu'il y ait eu «résistance convenable et normale» à la pression. Cependant, la décision sous-entend également le critère du «choix entre deux maux» qui veut que le mal qu'on cherche à éviter soit, objectivement parlant, plus grave que le mal causé. Mais pareille condition n'est logique que si l'état de nécessité est considéré comme un fait justificatif, ce que la Cour a expressément rejeté.

---

<sup>111</sup> *Supra*, note 101, pages 204-205.

<sup>112</sup> *Supra*, note 2, page 447.

Comme l'a fait remarquer Galloway, il peut y avoir des cas où la société veut excuser l'acte de l'accusé, même si le mal causé est égal au mal que celui-ci cherche à prévenir, ou même plus grave<sup>113</sup>.

#### 4. Meurtre

On ne sait pas trop si en droit canadien, il est possible d'invoquer l'état de nécessité comme moyen de défense contre le chef d'accusation de meurtre. L'affaire *R. v. Dudley and Stephens*<sup>114</sup>, cause célèbre du XIX<sup>e</sup> siècle, pourrait être interprétée comme l'excluant dans ce cas.<sup>115</sup> Dans cette affaire, trois marins qui mouraient de faim à bord d'une chaloupe de sauvetage ont tué un garçon de cabine pour le manger. Ils ont été recueillis quatre jours plus tard, et il a été jugé que le moyen de défense de nécessité ne s'appliquait pas dans leur procès pour meurtre.

L'exemple donné par Colvin des deux alpinistes montre comment l'interdiction absolue du moyen de défense d'état de nécessité dans les affaires de meurtre peut être cause d'injustice.

#### D. Recommandations de réforme

##### 1. Prévention du préjudice contre la personne ou les biens

Le Groupe de travail souscrit à la recommandation de la Commission de réforme du droit que l'état de nécessité excuse l'acte qui vise à prévenir un préjudice contre la personne *ou les biens*. Nous ne partageons pas la proposition de la commission anglaise, qui rejette ce moyen de défense lorsque la menace ne pèse que sur des biens.

---

<sup>113</sup> D. Galloway, «Necessity as a Justification: A Critique of *Perka*» (1986) 10 Dalhousie L. J. 158.

<sup>114</sup> (1884) 14 Q.B.D. 273.

<sup>115</sup> In *Morgentaler*, Mr. Justice Dickson cited *Dudley* for this proposition.

Il faut souligner que le fait de réserver l'application du moyen de défense d'état de nécessité aux «personnes ou aux biens» est déjà une limitation considérable, car ce moyen de défense serait exclu des cas où l'accusé agit pour prévenir une atteinte aux valeurs politiques ou culturelles.

## **2. Caractère immédiat du danger**

La Commission de réforme du droit recommandait que le moyen de défense d'état de nécessité soit ouvert à quiconque «agit pour empêcher un préjudice corporel immédiat ou un préjudice matériel grave et immédiat». Le Groupe de travail souscrit à cette formulation, à cette exception près que le caractère «immédiat» ne devrait pas être une condition du préjudice corporel.

Pour les raisons exposées plus haut, l'insistance sur la spontanéité chez celui qui agit pour prévenir une atteinte à la personne pourrait causer une injustice. Comme l'a fait observer Colvin, il est souvent difficile de réconcilier préparation et délibération avec acte «involontaire», mais les deux idées ne sont pas entièrement incompatibles.

Le public ne risque aucun danger en gardant cette option ouverte, puisque l'accusé invoquant l'état de nécessité aurait à convaincre le juge des faits que, même après délibération, il n'aurait pu faire autrement.

## **3. Le critère subjectif-objectif**

Le Groupe de travail recommande d'appliquer le critère subjectif pour ce qui est de juger si le danger existe, par l'emploi du membre de phrase : «le danger dont elle sait ou croit qu'il existe». Ainsi donc, l'alpiniste qui croyait sincèrement qu'il mourrait s'il ne coupait pas la corde, pourrait soutenir que cet acte était nécessaire.

Cependant, le Groupe de travail estime qu'il faut définir objectivement l'action de l'accusé («on ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle fasse autrement»). Cette position est conforme au principe que l'état de nécessité constitue une excuse et non un fait justificatif. Elle permet d'invoquer ce moyen de défense dans les cas où l'acte de l'accusé est «involontaire» (en ce sens qu'on ne peut

raisonnablement s'attendre à ce qu'une personne ordinaire fasse autrement), et elle dispense du critère du «choix entre deux maux» ou de la proportionnalité.

Cette recommandation va dans le même sens que la solution préconisée par le Groupe de travail pour la défense de la personne et la défense des biens.

#### **4. Meurtre**

Le Groupe de travail ne partage pas la recommandation de la Commission de réforme du droit, selon laquelle celui qui, à dessein, cause la mort ou un préjudice corporel grave à autrui, ne peut se prévaloir du moyen de défense de nécessité.

Pour les raisons exposées plus haut, pareille règle est trop rigoureuse. Il peut bien y avoir des cas où il y a lieu d'excuser la personne qui cause intentionnellement des lésions corporelles graves à autrui, ou même la mort. La protection incorporée dans la recommandation du Groupe de travail pour prévenir les abus consiste en ce que le juge des faits doit être convaincu que, objectivement parlant, on ne pouvait s'attendre à ce que l'accusé fasse autrement.

#### **5. Le fait d'attirer le danger sur soi**

Le Groupe de travail souscrit à la proposition anglaise, savoir que le moyen de défense d'état de nécessité n'est pas à la disposition de la personne qui «sciemment et sans excuse raisonnable, s'expose d'elle-même au danger». On retrouve des dispositions semblables dans le rapport australien et dans le *Model Penal Code* des États-Unis.

Il faut souligner que cette exclusion ne doit s'appliquer que si l'accusé est *au courant* du danger; ce serait violer les principes fondamentaux de responsabilité pénale que d'étendre l'exclusion aux cas où l'accusé, par témérité ou par négligence, n'envisage pas la probabilité que son acte crée une situation d'urgence qui le forcerait à violer la loi.



## XI. CONTRAINTE

### A. Recommandation du Groupe de travail

Le Groupe de travail recommande l'inclusion de la disposition suivante dans le nouveau *Code criminel* :

#### Contrainte

15. N'est pas pénalement responsable la personne qui commet un crime sous menace de préjudice contre elle-même ou contre une autre personne, si la menace est telle que, eu égard à toutes les circonstances (y compris l'une quelconque de ses caractéristiques personnelles qui en affectent la gravité), on ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle y résiste.

### B. L'état actuel du droit

L'article 17 du *Code criminel* actuel prévoit l'excuse de la contrainte comme suit :

17. Une personne qui commet une infraction, sous l'effet de la contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise, est excusée d'avoir commis l'infraction si elle croit que les menaces seront mises à exécution et si elle ne participe à aucun complot ou aucune association par laquelle elle est soumise à la contrainte. Toutefois, le présent article ne s'applique pas si l'infraction commise est la haute trahison ou la trahison, le meurtre, la piraterie, la tentative de meurtre, l'agression sexuelle, l'agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles, l'agression sexuelle grave, le rapt, la prise d'otage, le vol qualifié, l'agression armée ou infliction de lésions corporelles, les voies de fait graves, l'infliction illégale de lésions corporelles, le crime d'incendie ou l'une des infractions visées aux articles 280 à 283 (enlèvement et séquestration d'une jeune personne).

Dans *R. v. Carker (No. 2)*<sup>116</sup>, la Cour suprême du Canada a conclu que les règles et principes de *common law* concernant l'excuse ou le moyen de défense de contrainte ont été codifiés et exhaustivement définis dans cet article.

Cependant, par l'arrêt *R. c. Paquette*<sup>117</sup>, elle est revenue sur sa position en décidant que si le moyen de défense prévu à l'article 17 ne peut être invoqué par celui qui a effectivement commis l'une des infractions spécifiées, le même moyen de défense que connaît la *common law* est à la disposition de celui qui ne participe à l'infraction que par application du paragraphe 21(2) du *Code*.

Le moyen de défense de *common law* de contrainte a été exposé de façon très claire dans la cause australienne *R. v. Hurley and Murray*<sup>118</sup> :

Peut invoquer le moyen de défense de contrainte l'accusé qui a été contraint de commettre l'acte reproché, du moins dans les cas suivants :

- (i) il y a menace de mort ou de blessure grave illicite contre un être humain si l'accusé n'accomplit pas cet acte,
- (ii) les circonstances sont telles qu'une personne douée d'une fermeté ordinaire aurait probablement cédé à la menace comme l'a fait l'accusé,
- (iii) la menace était présente et continue, prochaine et imminente,
- (iv) l'accusé avait raisonnablement lieu de croire que la menace serait mise à exécution,
- (v) il a été ainsi poussé à commettre le crime reproché,

---

<sup>116</sup> (1967) 2 CRNS 16.

<sup>117</sup> (1976) 30 CCC (2d) 417.

<sup>118</sup> [1967] V.R. 526 (S.C. Victoria), page 543.

- (vi) ce crime n'était pas le meurtre ou quelque autre crime si haineux qu'il est exclu de l'application de la doctrine,
- (vii) l'accusé ne s'est pas exposé de lui-même à l'effet de la contrainte, par une faute de sa part au moment où il n'était pas soumis à cette contrainte,
- (viii) il n'avait aucun moyen de prévenir sans danger pour lui-même la mise à exécution de la menace.

### C. Lacunes des règles actuelles

#### 1. Menace de mort ou de blessure

Cette limitation a été critiquée comme étant excessivement restrictive. Elle interdirait par exemple d'invoquer la contrainte en cas de menace contre l'équilibre mental ou psychologique de l'accusé.

Yeo soutient qu'il ne devrait y avoir aucune restriction quant au type de menace de préjudice qui entre en ligne de compte :

... le moyen de défense de contrainte s'explique par la compassion que manifeste la société pour la faiblesse de l'être humain face à la pression ou au danger extrême. Puisqu'il en est ainsi, on pourrait soutenir que *n'importe quelle* menace de préjudice pourrait être invoquée à condition qu'elle ait un effet irrésistible sur toute personne normale se trouvant dans la même situation que l'accusé.<sup>119</sup>

#### 2. Imminence

L'affaire *R. v. Carker (No. 2)*<sup>120</sup> illustre la nature peu satisfaisante de cette limitation. Un détenu isolé dans sa cellule, qui était menacé de blessures graves par d'autres détenus en mutinerie s'il n'endommageait pas sa cellule, n'a pu

---

<sup>119</sup> S.M.H. Yeo, *Compulsion in the Criminal Law*, (Sydney : Law Book Co., 1990) page 69.

<sup>120</sup> *Supra*, note 115.

invoquer la contrainte en défense. La Cour suprême du Canada a conclu que puisque l'accusé et ceux qui le menaçaient étaient enfermés dans leurs cellules respectives au moment considéré, ces menaces ne pourraient être mises à exécution que dans le futur et ne constituaient donc pas des menaces de lésions corporelles immédiates.

### 3. Menace de la part d'une personne présente

L'affaire *Carker* illustre aussi la défectuosité de la condition prévue à l'article 17, savoir que la menace doit émaner d'une «personne présente lorsque l'infraction est commise». Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a jugé que les détenus menaçant l'accusé étaient enfermés dans leurs cellules au moment où ils proféraient leurs menaces, et n'étaient donc pas «présentes» au sens de l'article 17.

Que la personne qui menace soit présente ou non ne devrait avoir aucune importance, pourvu que les autres conditions soient réunies.

### 4. Menace de préjudice contre un tiers

On ne sait pas trop si la menace de tuer ou de blesser un tiers peut servir de fondement à ce moyen de défense dans le cadre de l'article 17<sup>121</sup>. Par contraste, les tribunaux ont étendu le champ d'application de la version de *common law* de cette excuse aux menaces proférées contre un ou des tiers<sup>122</sup>.

### 5. Infractions excluant le moyen de défense de contrainte

La liste des infractions exclues de l'article 17 est bien plus étendue que dans d'autres codes<sup>123</sup>; la *common law* anglaise n'excluait que le meurtre et la trahison. L'énumération de certaines infractions exclues par l'article 17 a créé des

---

<sup>121</sup> Voir Borins, J. «The Defence of Duress», (1982) 2 Crim. L.Q. 191.

<sup>122</sup> *R. v. Morrison and McQueen* (1981) 54 CCC (2d) 497 (C. Dist. Ont.).

<sup>123</sup> Stuart, *supra*, note 2, page 395.



anomalies quand il s'agissait de savoir quelles infractions sont admissibles et quelles infractions ne le sont pas. Dans *R. c. Robins*<sup>124</sup>, la Cour d'appel du Québec a jugé que si la contrainte ne pouvait être invoquée en défense contre le chef d'accusation de rapt, elle pouvait l'être contre le chef d'accusation plus grave d'enlèvement.

## **D. Recommandations de réforme**

### **1. Menace de préjudice**

La recommandation du Groupe de travail tendant à l'institution du moyen de défense de contrainte en cas de «menace de préjudice» est bien plus large que l'article 17 du *Code criminel* actuel («menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles») ou le paragraphe 3(8) de la recommandation de la Commission de réforme du droit («menaces de préjudice corporel grave et immédiat»).

Le Groupe de travail estime que sa recommandation, qui va dans le même sens que sa proposition de moyen de défense d'«état de nécessité», est préférable parce qu'elle permettrait d'invoquer cette excuse en cas de menace contre l'équilibre mental ou psychologique de l'accusé.

Cette formulation large ne pose pas un danger pour le public, puisque le caractère raisonnable de l'acte accompli sous menace par l'accusé sera jugé en fonction de la gravité de la menace.

### **2. Menaces contre des tiers**

Le Groupe de travail souscrit à la recommandation de la Commission de réforme du droit, comme de tous les autres pays étudiés, que l'accusé soit recevable à invoquer la contrainte en cas de menace de préjudice contre lui-même ou «contre une autre personne».

---

<sup>124</sup> (1982) 66 CCC (2d) 550.

### 3. Imminence

Comme exposé plus haut, le Groupe de travail estime que la condition du risque «immédiat» qui figure à l'article 17 du *Code criminel* actuel et dans la recommandation de la Commission de réforme du droit est à la fois déraisonnable et inutile. Au mieux, le caractère immédiat du danger n'est que l'un des facteurs à prendre en considération pour examiner si la réaction de l'accusé est raisonnable.

### 4. Présence de la personne qui menace

L'affaire *Carker* illustre l'iniquité de la condition prescrite par l'article 17, savoir que les menaces doivent émaner d'une personne présente.

Il faut se féliciter de l'absence de la proposition de la Commission de réforme du droit, de toute référence à la source de la menace; cette solution doit donner au juge des faits une certaine latitude pour identifier la source de la menace et évaluer le type de préjudice dont l'accusé est menacé. La plupart des autres pays étudiés adoptent la même position.

### 5. Le critère subjectif-objectif

On ne sait pas trop si, dans le cadre de l'article 17, il faut que la croyance de l'accusé quant au préjudice dont il est menacé soit raisonnable.

Le Groupe de travail préfère l'approche anglaise («sait ou croit») qui est la plus conforme aux principes généralement acceptés de responsabilité pénale. Elle va dans le même sens que la recommandation du Groupe de travail relative à «l'état de nécessité».

En ce qui concerne la réaction de l'accusé à la menace, le Groupe de travail souscrit à l'approche «objective modifiée» que recommande la commission anglaise et qui consiste à évaluer la menace compte tenu de toutes les circonstances, y compris les caractéristiques personnelles qui en affectent la gravité. L'accusé aurait le bénéfice de l'excuse si la menace est telle qu'on ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il y résiste eu égard aux circonstances.

Le Groupe de travail partage l'avis de Stuart que la norme anglaise, qui prend en considération certaines caractéristiques et croyances de l'individu, «essaie judicieusement de mettre dans la balance la nécessité de faire preuve de plus de compassion en acceptant un moyen de défense de contrainte plus libéral et la nécessité de faire respecter les valeurs de la société»<sup>125</sup>.

Le Groupe de travail estime que la formulation employée par la Commission de réforme du droit n'est pas bien claire quant à la norme qu'elle préconise.

## 6. Exclusions

Le Groupe de travail estime qu'il ne faut exclure automatiquement aucune infraction de l'application de l'excuse de contrainte.

Il souscrit à cette observation de Yeo :

peu importe à quel point l'acte est répréhensible, tel n'est pas le principal facteur déterminant; il s'agit de savoir si l'agent a commis l'acte dans des conditions telles qu'il serait injuste de le punir.<sup>126</sup>

Pour apaiser la crainte que pareil moyen de défense ne devienne la «charte des terroristes», Yeo<sup>127</sup> souligne qu'il y a plusieurs conditions rigoureuses auxquelles il faut satisfaire avant que ce moyen de défense ne soit accueilli.

En premier lieu, l'accusé doit satisfaire au critère objectif modifié, qui veut qu'une personne douée d'un courage ordinaire et présentant les mêmes caractéristiques que l'accusé n'eût pu résister elle non plus à la menace.

---

<sup>125</sup> *Supra*, note 2, page 405.

<sup>126</sup> *Supra*, note 118, page 142.

<sup>127</sup> *Ibid.*, page 147.

En deuxième lieu, il faut que l'accusé ait employé le minimum de force nécessaire, ce qui, dans certains cas, signifie l'obligation de fuir.

En troisième lieu, il faut que l'accusé n'ait pas, par sa propre faute, créé lui-même la nécessité de cette excuse.

En quatrième lieu, il est probable que, dans les faits, le jury soit plus circonspect dans sa compassion quand l'acte répréhensible est le meurtre d'une personne innocente.



## XII. INTOXICATION

### A. Recommandation du Groupe de travail

Le Groupe de travail recommande l'inclusion de la disposition suivante dans le nouveau *Code criminel* :

#### Intoxication

- 16.(1) Quiconque, en raison de son état d'intoxication, ne réunit pas les conditions de culpabilité prévues par la définition du crime qu'il commet, n'est pas responsable de ce crime.
- (2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas dans le cas où la consommation volontaire d'une substance intoxicante constitue un élément matériel de l'incrimination.
- (3) Par dérogation au paragraphe (1), la personne poursuivie pour une infraction de l'annexe 1 et qui, n'eût été son état d'intoxication volontaire, aurait été jugée coupable de cette infraction, sera déclarée coupable de l'infraction incluse d'intoxication criminelle.
- (4) La personne déclarée coupable en application du paragraphe (3) encourt la même peine que si elle est déclarée coupable de tentative de commettre l'infraction reprochée.

## B. L'état actuel du droit

### 1. Intention spécifique

Dans *Director of Public Prosecutions v. Beard*<sup>128</sup>, la Chambre des lords a défini les règles applicables en matière d'ivresse comme suit :

La preuve d'ivresse qui montre que l'accusé ne pouvait former l'intention spécifique qui est un élément constitutif essentiel du crime doit être prise en considération avec d'autres faits prouvés afin d'examiner s'il avait cette intention ou non ...

La règle *Beard* a été instaurée au Canada avec l'arrêt *MacAskill v. The King*<sup>129</sup> de la Cour suprême du Canada. Trois décennies après, la même Cour, dans *R. v. George*<sup>130</sup>, a donné de l'arrêt *Beard* une interprétation restrictive et apparemment involontaire, en concluant que l'ivresse ne pouvait supprimer la *mens rea* qu'à l'égard des infractions dont il fallait prouver l'intention spécifique, mais ne pouvait être invoquée à l'égard des infractions dont il suffisait de prouver l'intention générale. Ainsi, l'ivresse pouvait être invoquée en défense contre le chef d'accusation de vol si elle privait l'accusé de la capacité de former l'intention spécifique de voler, mais ne pouvait constituer un moyen de défense contre le chef de voies de fait, dont il suffit de prouver l'intention générale de faire usage de la force contre une autre personne sans son consentement.

Dans *Leary c. La Reine*<sup>131</sup>, la Cour suprême du Canada a réitéré la conclusion qu'elle avait tirée auparavant dans l'arrêt

---

<sup>128</sup> [1920] AC 479.

<sup>129</sup> [1931] RCS 330.

<sup>130</sup> (1960) 128 CCC 289.

<sup>131</sup> (1977) 33 CCC (2d) 473.

*George* ainsi que celle de la Chambre des lords dans *DPP v. Majewski*<sup>132</sup>.

Dans *Commissioner of Police v. Caldwell*<sup>133</sup>, la Chambre des lords a étendu le principe défini dans *Beard* à toute infraction pouvant être établie par la preuve de la témérité. L'ivresse ne saurait être un moyen de défense si l'accusé, n'eût-il pas été sous l'empire de l'alcool, se serait rendu compte de la possibilité des conséquences dommageables de ses actes.

Enfin, dans *Bernard c. La Reine*<sup>134</sup>, la majorité des juges saisis de la Cour suprême du Canada a retenu la dichotomie intention spécifique-intention générale.

## 2. Capacité de former l'intention

L'arrêt *Beard* faisait état de l'incapacité de l'accusé de former l'intention coupable, et une succession de décisions de la Cour suprême du Canada a fait de l'«incapacité de former l'intention nécessaire» le critère à appliquer à l'égard du moyen de défense d'ivresse<sup>135</sup>.

Plusieurs décisions récentes de la Cour d'appel de l'Ontario ont jeté un certain doute sur ce critère. Dans *R. v. MacKinley*, le juge Martin, prononçant les motifs du jugement de la Cour, a tiré la conclusion suivante :

Si en raison de son état d'intoxication, l'accusé était incapable de former l'intention constitutive de l'infraction, il est évident qu'il ne pouvait avoir cette intention. Si le jury nourrit un doute raisonnable sur la question de savoir si en raison de son état d'intoxication, l'accusé était capable de former l'intention nécessaire, il doit examiner, compte tenu de la consommation d'alcool et d'autres faits, si le ministère

---

<sup>132</sup> [1977] AC 443.

<sup>133</sup> [1982] AC 341.

<sup>134</sup> [1988] 2 RCS 833.

<sup>135</sup> *MacAskill v. The King*, *supra*, note 129; *Perrault c. La Reine* [1970] 5 CCC 217; *Alward et Mooney c. La Reine* (1977) 35 CCC (2d) 392; et *Swietlinski c. La Reine* (1980) 55 CCC (2d) 481.

*public a prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait effectivement l'intention nécessaire.*<sup>136</sup> [passage souligné dans le texte]

Cependant, la formulation *MacKinlay* a été rejetée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans son arrêt *R. v. Korpeza*<sup>137</sup>. Le juge Wood y exprimait son «entière sympathie» envers le raisonnement du juge Martin, mais se sentait obligé d'appliquer la jurisprudence établie par la Cour suprême du Canada. Il s'est ensuite prononcé en ces termes :

La règle établie par l'arrêt *Beard* dispense pratiquement le ministère public de prouver l'intention réelle dans tous les cas portant sur l'intention spécifique et où l'accusé fait valoir l'ivresse en défense. Car dans ces cas il lui suffit de prouver que l'accusé était capable de former l'intention qu'on lui imputait, dès lors la «conclusion raisonnable, fondée sur le bon sens» qui, à ce point, n'est plus affectée par la réalité de l'état d'ivresse de l'accusé, dispense le ministère public du restant du fardeau de la preuve qui lui incombe. Je ne suis pas le premier à penser qu'en limitant le fardeau de la preuve dans ces cas, les règles de droit telles qu'elles sont en vigueur à l'heure actuelle sont incompatibles avec le présomption d'innocence.<sup>138</sup>

Ce tour d'horizon de la jurisprudence en la matière ne serait pas complet sans une brève mention de deux récentes décisions, l'une en Nouvelle-Zélande et l'autre en Australie. Dans *R. v. Kamipeli*, la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a rejeté l'argument que la preuve de l'ivresse n'était admissible qu'à l'égard des infractions d'intention spécifique. Elle a conclu en outre que «c'est l'intention elle-même qui importe, non pas la capacité de former l'intention»<sup>139</sup>.

---

<sup>136</sup> (1986) 28 CCC (3d) 306, page 322.

<sup>137</sup> 24 mai 1991.

<sup>138</sup> *Ibid.*, pages 21-22.

<sup>139</sup> [1975] 2 NZLR 610, page 616.



De même, dans *O'Connor*<sup>140</sup>, la Haute Cour d'Australie n'a pas suivi la règle définie par l'arrêt *Majewski*, en concluant qu'il ne fallait pas distinguer entre l'intention «fondamentale» et l'intention «spécifique» lorsqu'il s'agissait d'examiner si l'élément moral de l'infraction pouvait être établi. Pour toutes les infractions dont il faut prouver un élément moral, la preuve de l'intoxication par l'alcool ou une drogue, que l'absorption en soit volontaire ou non, est pertinente et admissible lorsqu'il s'agit d'examiner si l'élément moral nécessaire est présent.

### C. Lacunes des règles actuelles

#### 1. Intention spécifique

Les règles applicables en la matière au Canada sont, à l'heure actuelle, arbitraires et dénuées de principe. Au coeur du problème se trouve la distinction arbitraire faite par les tribunaux entre les infractions d'intention spécifique et les infractions d'intention générale. Dans *Leary*, le juge Dickson y voyait une dichotomie «irrationnelle», «car il n'y a pas, et il n'y a jamais eu, un critère juridiquement satisfaisant qu'on puisse appliquer pour distinguer une catégorie de crimes d'une autre»<sup>141</sup>.

La plus grande injustice causée par cette dichotomie est qu'elle impose une norme objective de responsabilité : l'accusé pourrait être jugé coupable, non pas en raison de l'état d'esprit dans lequel il se trouvait véritablement, mais dans l'état d'esprit dans lequel il se serait trouvé, n'eût-il pas été intoxiqué.

Pareille solution va à l'encontre du principe le plus fondamental de responsabilité pénale, savoir que l'accusé n'est coupable que si le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable qu'il a commis l'acte matériel dans l'état d'esprit nécessaire à l'incrimination.

Les deux arguments avancés pour justifier la responsabilité pénale dans ces cas sont également peu convaincants. Le premier est que l'accusé est moralement répréhensible pour

---

<sup>140</sup> [1980] 4 A Crim R 348.

<sup>141</sup> *Supra*, note 130, page 490.

s'être enivré. Certaines juridictions vont jusqu'à conclure que ce comportement satisfait à la condition de l'élément moral de l'infraction subséquente. D'autres se contentent de reconnaître l'illogique de la situation, mais se rendent aux arguments d'ordre public.

Le second argument est que permettre que la preuve de l'ivresse supprime l'élément moral en cas de crime d'intention générale aurait pour résultat de laisser en liberté de dangereux criminels «alcooliques». Cet argument n'est pas corroboré par les preuves empiriques qui existent en la matière. Quigley<sup>142</sup> évoque une étude faite en Australie sur 510 causes jugées au lendemain de l'arrêt *O'Connor*. Sur ces 510, il y avait 11 causes où le moyen de défense d'ivresse était invoqué mais n'aurait pu servir avant ce jugement. Des trois acquittements qui s'ensuivirent, un seul pouvait être attribué avec certitude au moyen de défense d'ivresse.

## 2. Capacité

Une seconde faiblesse des règles actuellement en vigueur tient à ce qu'elles obligent l'accusé à soulever un doute raisonnable quant à sa *capacité* de former l'intention spécifique nécessaire, peu importe son intention véritable, si intention il y a. L'accusé peut être déclaré pénalement responsable même si le ministère public ne prouve pas qu'il avait l'intention constitutive du crime.

## 3. Témérité

Ce serait, de la part des tribunaux canadiens, une extension logique de la règle établie par les arrêts *Leary* et *Bernard* que de suivre le chemin tracé par la Chambre des lords dans *Caldwell* pour rejeter la preuve de l'ivresse dans les cas de témérité.

---

<sup>142</sup> «Reform of the Intoxication Defence» (1987) 33 McGill LJ 1, page 5.

## D. Recommandations de réforme

### 1. Intention spécifique

Le Groupe de travail souscrit entièrement à la recommandation de la Commission de réforme du droit du Canada que le nouveau *Code criminel* abandonne la dichotomie intention spécifique-intention générale et prévoie la possibilité de la preuve de l'ivresse pour n'importe quelle infraction.

### 2. Capacité

De même, le Groupe de travail convient avec la Commission de réforme du droit qu'il faut supprimer la notion de seuil de «capacité».

### 3. Exclusions

Le Groupe de travail estime que le nouveau *Code criminel* doit prévoir clairement, à l'instar du projet de *Crimes Bill* de la Nouvelle-Zélande, que le moyen de défense d'intoxication ne vaut pas dans les cas où la consommation volontaire d'une substance intoxicante est un élément matériel de l'incrimination.

### 4. Infraction incluse d'intoxication criminelle

Il y a, et il y a certainement eu au sein du Groupe de travail, un grand débat sur la question de savoir s'il suffit de prévoir au nouveau *Code criminel* une règle générale selon laquelle la preuve de l'ivresse volontaire qui soulève un doute raisonnable sur la question de savoir si l'accusé avait la *mens rea* attachée à l'infraction reprochée (ou à toute autre infraction incluse moins grave) justifie l'acquittement.

Les tenants de cette position soutiennent que l'accusé qui est acquitté d'un crime plus grave (comme le vol qualifié) pour cause d'ivresse est presque invariablement jugé coupable d'une infraction incluse moins grave (comme les voies de fait) qui ne requiert qu'un degré minimum d'intention coupable. Si les dispositions pénales du *Code* étaient renforcées de façon à donner aux juges une plus grande latitude pour ordonner un traitement curatif, le public serait protégé et on se serait attaqué à la cause profonde du comportement criminel.

D'autres soutiennent que le public n'accepterait pas un régime où l'individu ayant commis une infraction sous l'empire de l'alcool serait libéré, et que le seul moyen de protéger le public, du moins pour ce qui est des lésions corporelles, de la mort, de l'agression sexuelle et de la destruction ou l'endommagement de biens mettant la vie en danger, serait de concevoir un verdict spécial, une infraction incluse ou une nouvelle infraction distincte d'intoxication criminelle.

Tout compte fait, le Groupe de travail est persuadé qu'il est plus conforme à l'intérêt public de prévoir au nouveau *Code criminel* une infraction incluse moins grave d'intoxication criminelle. L'accusé qui est acquitté, par suite d'intoxication volontaire, de l'une des infractions énumérées à l'annexe du *Code criminel*, serait déclaré coupable de l'infraction incluse d'intoxication criminelle. La personne déclarée coupable de l'infraction incluse encourrait la même peine que si elle avait été jugée coupable de tentative de commettre l'infraction principale, et les pouvoirs répressifs des tribunaux devraient être élargis de façon à comprendre l'option de traitement obligatoire.

Le Groupe de travail préfère cette approche à celle de la Commission de réforme du droit, qui recommandait le verdict de culpabilité «d'avoir commis ce crime sous l'effet de l'intoxication»<sup>143</sup>. Cette dernière disposition présente plusieurs faiblesses :

1. elle est dans un certain sens plus sévère que les règles actuellement en vigueur, lesquelles, du moins en cas d'infraction d'intention spécifique, prévoient l'acquittement pur et simple de l'accusé qui invoque l'ivresse pour soulever un doute raisonnable quant à l'intention coupable. Selon la proposition de la Commission de réforme du droit, le «moyen de défense» d'ivresse peut réduire le meurtre à l'homicide involontaire coupable, mais est exclu dans tous les autres cas;

---

<sup>143</sup> Alinéa 3(3)b).



2. elle conclut à la responsabilité même si le ministère public ne prouve pas l'élément moral. Par exemple, l'accusé qui est acquitté du chef d'accusation de vol parce que la preuve de l'ivresse supprime l'intention spécifique nécessaire au verdict de culpabilité, serait toujours déclaré coupable de vol, encore que «sous l'effet de l'intoxication»;
3. elle impose le verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable sous l'effet de l'intoxication à l'égard de la personne poursuivie pour meurtre mais dont la preuve de l'ivresse supprime l'intention coupable nécessaire à l'incrimination de meurtre, bien que la même preuve puisse supprimer aussi l'intention nécessaire à l'incrimination d'homicide involontaire coupable.

### **XIII. ERREUR DE DROIT**

#### **A. Recommandation du Groupe de travail**

Le Groupe de travail recommande l'inclusion de la disposition suivante dans le nouveau *Code criminel* :

#### **Erreur de droit**

**17. N'est pas responsable la personne qui a commis un crime en raison d'une erreur de droit ou de l'ignorance de la loi :**

a) concernant des droits privés ou autres droits civils touchés par ce crime, ou

b) imputable :

(i) à l'ignorance de l'existence de la loi, du fait qu'elle n'a pas été publiée ou raisonnablement portée à la connaissance du public ou des personnes susceptibles d'en être affectées,

(ii) à la foi raisonnable dans une décision judiciaire, ou

(iii) à la foi raisonnable dans une déclaration faite par une autorité judiciaire, gouvernementale ou administrative compétente.

#### **B. L'état actuel du droit**

L'article 19 du *Code criminel* actuel porte :

L'ignorance de la loi chez une personne qui commet une infraction n'excuse pas la perpétration de l'infraction.

Dans *R. c. Molis*<sup>144</sup>, la Cour suprême du Canada conclut que l'article 19 exclut, à titre d'excuse pour quiconque a commis un crime, non seulement l'«ignorance» de la loi, mais aussi «celle de son sens, de sa portée et de son application».

### 1. Application stricte

Conformément à la stricte tradition anglaise, les tribunaux canadiens ont généralement appliqué l'article 19 de la façon la plus rigide. Par exemple :

- la foi dans une consultation d'avocat ne constitue pas un moyen de défense, bien que l'accusé ait suivi de bonne foi le conseil erroné<sup>145</sup>;
- l'«usage» a été rejeté à titre de moyen de défense, comme dans le cas des détectives privés qui soutenaient que, selon un usage de longue date de leur profession, il avaient le droit de pénétrer dans une propriété privée et d'y demeurer pour effectuer une enquête licite<sup>146</sup>;
- la foi dans une décision judiciaire subséquemment infirmée ne constitue pas un moyen de défense<sup>147</sup>;
- n'est pas un moyen de défense la «diligence raisonnable» dont fait preuve l'accusé pour savoir si la drogue qu'il fabrique figure sur la liste des drogues d'usage restreint<sup>148</sup>;
- l'ignorance de la loi par un étranger n'est pas une excuse<sup>149</sup>;

---

<sup>144</sup> (1980) 55 CCC (2d) 558 (CSC).

<sup>145</sup> *R. v. Brinkley* (1907) 12 CCC 454 (C.A.Ont.).

<sup>146</sup> *R. v. Andsten and Petrie* (1960) 128 CCC 311 (C.A.C.-B.).

<sup>147</sup> *R. v. Campbell* (1973) 10 CCC (2d) 26 (C.dist.Alta).

<sup>148</sup> *R. c. Molis*, *supra*, note 143.

<sup>149</sup> *R. v. Kear and Johnson* (1989) 51 CCC (3d) 574 (C.A.Ont.).

- l'erreur relative à l'application d'une loi publique, en particulier d'une loi de nature pénale, ne constitue généralement pas un moyen de défense, par exemple quand l'accusé pense à tort que sous le régime de la *Loi sur les douanes*, il n'a pas à déclarer des pierres précieuses ou de payer les droits de douane y afférents<sup>150</sup>.

## 2. Exceptions nouvelles

La rigidité des règles jusqu'ici applicables a cédé la place à plusieurs exceptions judiciaires fondées sur le critère du caractère «raisonnable».

### a. Erreur causée par une source officielle

L'erreur de droit qui tient à la foi de l'accusé dans une déclaration que lui fait une autorité compétente peut servir de moyen de défense.

Dans *R. v. McDougall*<sup>151</sup>, le prévenu soutenait qu'il s'en était remis à un conseil erroné que lui donnait un fonctionnaire du service d'immatriculation des véhicules à moteur. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a fait droit à ce moyen de défense. Bien que la Cour suprême du Canada ait infirmé cette décision en concluant que le prévenu n'avait pas été induit en erreur, elle a accepté le moyen de défense d'erreur causée par une source officielle.

Dans *R. v. Cancoil Thermal Corp.*, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu ce moyen de défense en cas de contravention aux règlements, et en a défini les conditions comme suit :

L'«erreur causée par une source officielle» peut servir de moyen de défense en cas de poursuite pour contravention à un texte réglementaire si le prévenu s'en est légitimement remis à l'avis ou au conseil juridique d'un fonctionnaire chargé de l'administration ou de l'application de ce texte. Pour que

---

<sup>150</sup> *R. v. Aryeh* (1971) 6 CCC (2d) 171 (C.A.Ont.).

<sup>151</sup> (1981) 60 CCC (2d) 137 (Div.App.C.S.N.-É.).



ce moyen de défense soit accueilli, le prévenu doit prouver qu'il s'en est remis à la consultation juridique erronée de ce fonctionnaire et que cette foi était raisonnable. Le caractère raisonnable dépend de plusieurs facteurs, dont les efforts qu'il a faits pour s'assurer d'observer la règle qui convient, la complexité ou l'obscurité du texte en question, les fonctions du fonctionnaire qui a donné la consultation, et la clarté ainsi que le caractère catégorique et raisonnable de la consultation donnée.<sup>152</sup>

#### **b. Non-publication du texte**

Le paragraphe 11(2) de la *Loi sur les textes réglementaires* (Canada)<sup>153</sup> met un moyen de défense à la disposition des personnes poursuivies en application d'un *règlement* fédéral qui n'a pas été publié bien que la publication en soit obligatoire. Certaines provinces ont des dispositions semblables à l'égard des règlements provinciaux non publiés.

De nombreuses décisions judiciaires ont appliqué ce moyen de défense à l'égard de règlements qui n'ont pas été publiés et dont la publication n'est pas obligatoire<sup>154</sup>.

#### **c. Erreur en matière de droits privés ou de droit civil**

Les tribunaux canadiens sont divisés sur la question de savoir si une croyance erronée quant aux effets du droit civil sur une ordonnance de garde d'enfant peut supprimer l'intention coupable<sup>155</sup>.

Il est généralement reconnu que le prévenu peut être acquitté pour cause d'erreur de droit concernant une «apparence de

---

<sup>152</sup> (1986) 52 CR (3d) 198, page 199.

<sup>153</sup> L.R.C. (1985), chap. S-22.

<sup>154</sup> *R. v. Ross* (1944) 84 CCC 107 (C.Comt.C.-B.), *R. v. Michelin Tires Manufacturing (Canada) Ltd.* (1975) 15 NSR (2d) 105, et *R. v. Catholique* (1980) 49 CCC (2d) 65 (C.S.T.N.-O.).

<sup>155</sup> *R. v. Ilczyszyn* (1988) 45 CCC (3d) 91 (C.A.Ont.), et *R. v. Cook* (1984) 12 CCC (3d) 471 (Div.App.C.S.N.-É.).

droit». Tel est par exemple le cas du prévenu de vol qui croyait de bonne foi mais erronément qu'il avait un droit sur le bien, peu importe que cette croyance tienne à une erreur de droit<sup>156</sup>, bien qu'une conclusion à l'«apparence de droit» suppose l'existence d'un droit de propriété antérieur.

#### **d. Violation intentionnelle d'ordonnance de probation**

Dans *R. c. Docherty*<sup>157</sup>, la Cour suprême du Canada a jugé que le prévenu ne pouvait être déclaré coupable de violation de l'ordonnance de probation (pour s'être trouvé à bord d'une voiture alors qu'il était ivre) puisqu'il ne savait pas qu'il s'agissait là d'une violation. Une déclaration de culpabilité ne saurait tenir à moins que le prévenu ne sût que l'infraction sous-jacente commise était contraire à la loi.

#### **e. Qualification d'erreur de fait**

Parfois il est très difficile de distinguer entre erreur de fait et erreur de droit. Voici ce qu'en dit Stuart :

On dit qu'il y a erreur de fait lorsque le prévenu croit à l'existence de faits qui n'existent pas, ou à l'inexistence de faits qui existent. Par contre, il y a erreur de droit lorsque l'erreur ne porte pas sur des faits, mais sur leur pertinence, conséquence ou signification juridique.<sup>158</sup>

Colvin ajoute cette précision :

Certaines conventions linguistiques peuvent guider la terminologie employée. Mais étant donné que le droit d'invoquer le moyen de défense peut dépendre de la manière dont l'erreur est qualifiée, l'opinion du tribunal quant à ce qui serait un résultat indiqué peut aussi influencer sur son choix de l'étiquette... Les étiquettes «erreur de fait» et «erreur de

---

<sup>156</sup> *Lilly c. La Reine* (1983) 5 CCC (3d) 1 (CSC).

<sup>157</sup> (1989) 51 CCC (3d) 1.

<sup>158</sup> *Supra*, note 2, page 299.

droit» semblent avoir principalement servi de moyens de justifier des décisions qui ont été rendues par d'autres motifs.<sup>159</sup>

### C. Recommandations de réforme

#### 1. Absence de *mens rea*

D'aucuns ont soutenu qu'il faut abroger l'article 19 du *Code criminel* actuel parce qu'il va à l'encontre du principe fondamental de droit pénal selon lequel l'absence de l'élément moral supprime la responsabilité pénale. Par ses arrêts *Sault Ste-Marie*<sup>160</sup> et *Tutton*<sup>161</sup>, la Cour suprême du Canada a jugé que conclure à la responsabilité pénale en l'absence de preuve de la *mens rea* est une anomalie qui n'est pas compatible avec les principes de responsabilité pénale et de justice fondamentale, en particulier en cas d'infraction punissable d'une longue peine d'emprisonnement.

Une vue moins radicale serait qu'un moyen de défense général peut être fondé sur le caractère «raisonnable». Colvin hasarde cette idée, bien que l'éventualité en soit hautement improbable :

il est concevable que [l'article 7 de la *Charte*] puisse être interprété comme prescrivant un moyen de défense général d'erreur de droit raisonnable. Étant donné cependant la répugnance que la *common law* a toujours manifestée envers les moyens de défense fondés sur l'ignorance normative, il est à prévoir que les tribunaux procéderont avec précaution.<sup>162</sup>

Une autre solution consisterait à obvier à la rigueur de la règle actuellement en vigueur par la consécration et l'extension des exceptions existantes, et par la création de nouvelles exceptions à l'article 19.

---

<sup>159</sup> *Supra*, note 101, pages 160-161.

<sup>160</sup> *Supra*, note 10.

<sup>161</sup> *Supra*, note 46.

<sup>162</sup> *Supra*, note 101, page 262.

Ceux qui préconisent le maintien de la règle actuelle soutiennent que le contrat social sur laquelle se fonde notre société a pour stipulation implicite que nul n'est censé ignorer la loi et que tout un chacun doit l'observer.

Les tenants de la règle de l'«erreur de droit raisonnable» soutiennent de leur côté que le maintien de la règle actuelle revient à imposer la responsabilité absolue (présomption irréfragable de responsabilité); même l'adoption d'un critère d'«erreur de droit raisonnable» ne ferait que réduire la responsabilité pénale à quelque chose d'équivalent à négligence civile, ce qui constituerait une norme douteuse dans une loi pénale qui, à d'autres égards, exige au moins la preuve de la négligence criminelle.

Tout compte fait, le Groupe de travail préconise le maintien du principe général que l'erreur de droit n'est pas une excuse, avec extension des exceptions à cette règle de façon à protéger de la responsabilité pénale ceux qui ont agi de façon «raisonnable».

## 2. Exceptions

En conséquence, le Groupe de travail recommande que l'erreur de droit constitue un moyen de défense dans les cas suivants :

### a. droits privés ou autres droits civils

Les tribunaux ont généralement limité le moyen de défense fondé sur l'«apparence de droit» à certaines infractions visées par divers articles du *Code criminel*, par exemple défense de biens meubles (paragraphe 39(1)), défense d'une maison d'habitation (paragraphe 42(3)), vol (article 322) et méfait (paragraphe 429(2)).

Le Groupe de travail souscrit à la recommandation de la Commission de réforme du droit que les Dispositions générales du nouveau *Code criminel* comprennent une disposition prévoyant que l'erreur de droit ou l'ignorance de la loi concernant des droits privés touchés par le crime constitue une excuse.



Le Groupe de travail a adopté la formulation la plus large possible, afin de l'étendre à toute contravention aux lois ou règlements provinciaux, au droit civil, aux droits de propriété et à toute autre loi non pénale.

#### **b. publication**

Le Groupe de travail estime que l'ignorance réelle de la loi doit constituer un moyen de défense dans les deux cas suivants :

- i. le texte n'a pas été publié, qu'il s'agisse d'une loi ou d'un texte réglementaire, que la publication en soit légalement obligatoire ou non;
- ii. quand bien même le texte aurait été publié, s'il n'a pas été raisonnablement porté à la connaissance du public ou des personnes susceptibles d'être touchées par son application.

La première disposition est une extension logique et bien fondée de la règle actuellement en vigueur, et supprime les distinctions arbitraires.

La seconde fait qu'il incombe au législateur de prendre les mesures raisonnables pour diffuser les lois à l'intention de ceux qui sont susceptibles d'être affectés par leur application, avant qu'ils ne puissent être tenus pénalement responsables s'ils y contreviennent. Cette proposition va plus loin que la recommandation de la Commission de réforme du droit, et correspond aux dispositions du rapport de la commission anglaise (alinéa 46(1)b)), du *Model Penal Code* des États-Unis (alinéa 2.04(3)a)) et du rapport du comité de révision d'Australie (paragraphe 3K(1)).

#### **c. foi raisonnable dans une décision judiciaire**

Le Groupe de travail approuve le sens général de la recommandation faite par la Commission de réforme du droit au sous-alinéa 3(7)a)(ii), mais étendrait cette disposition à «l'erreur de droit ou l'ignorance de la loi imputable à la foi raisonnable dans une décision judiciaire».

À son avis, il est arbitraire de limiter cette disposition aux décisions rendues par «la cour d'appel de la province ayant

compétence sur le crime reproché». Le justiciable doit avoir le droit de s'en remettre à la règle de droit définie par une juridiction de n'importe quel degré dans n'importe quel ressort canadien. Le garde-fou incorporé dans cette disposition est la condition que cette foi soit raisonnable. Par exemple, il serait déraisonnable de s'en remettre à la décision judiciaire rendue dans une autre province alors que le prévenu aurait dû savoir qu'il y avait des décisions contraires provenant d'une juridiction plus élevée dans sa propre province.

**d. erreur causée par une source officielle**

Le Groupe de travail approuve le sens général de la recommandation de la Commission de réforme du droit, mais propose une formulation plus large qui étend ce moyen de défense à la foi dans les exposés incorrects des règles juridiques par les juges, les autorités gouvernementales et administratives, ainsi que les autorités chargées de l'application de la loi, comme les agents de police. Dans ce domaine aussi, le garde-fou est la condition que la foi dans les assertions de l'autorité soit raisonnable.

#### **XIV. PROVOCATION**

##### **A. Recommandation du Groupe de travail**

Le Groupe de travail recommande l'inclusion de la disposition suivante dans le nouveau *Code criminel* :

##### **Provocation**

18.(1) Est provoquée la personne qui, par suite des agissements ou propos d'une autre personne, perd son sang-froid comme l'aurait fait quiconque se trouve dans la même situation et dans les mêmes circonstances, telles qu'elle les perçoit.

(2) Quiconque, sous l'empire de la provocation :

- a) commet un meurtre, sera déclaré coupable d'homicide involontaire coupable,
- b) commet une infraction visée à l'annexe, sera déclaré coupable de l'avoir commise sous l'empire de la provocation et est passible de la moitié de la peine prévue pour cette infraction.

##### **B. L'état actuel du droit**

L'article 232 du *Code criminel* actuel prévoit ce qui suit :

- (1) Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre peut être réduit à un homicide involontaire coupable si la personne qui l'a commis a ainsi agi dans un accès de colère causé par une provocation soudaine.
- (2) Une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se

maîtriser, est une provocation pour l'application du présent article, si l'accusé a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

- (3) Pour l'application du présent article, les questions de savoir :

a) si une action injuste ou une insulte déterminée équivalait à une provocation;

b) si l'accusé a été privé du pouvoir de se maîtriser par la provocation qu'il allègue avoir reçue,

sont des questions de fait, mais nul n'est censé avoir provoqué un autre individu en faisant quelque chose qu'il avait un droit légal de faire, ou en faisant une chose que l'accusé l'a incité à faire afin de fournir à l'accusé une excuse pour causer la mort ou des lésions corporelles à un être humain.

- (4) Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre n'est pas nécessairement un homicide involontaire coupable du seul fait qu'il a été commis par une personne alors qu'elle était illégalement mise en état d'arrestation; le fait que l'illégalité de l'arrestation était connue de l'accusé peut cependant constituer une preuve de provocation pour l'application du présent article.

La provocation n'est invoquée qu'en cas de meurtre<sup>163</sup>, qu'elle réduit à l'homicide involontaire coupable. Ce concept est considéré comme un facteur d'adoucissement, qui atténue la sévérité de la loi pénale à l'égard du meurtre (puni de la peine minimum d'emprisonnement à perpétuité) et constitue ainsi une concession limitée à la faiblesse humaine.

---

<sup>163</sup> *R. v. Campbell* (1977) 38 CCC (2d) 6 (C.A.Ont.).



Stuart voit dans l'article 232 «l'une des formulations les plus complexes jamais vues»<sup>164</sup>. Aux termes de cette disposition, l'accusé doit réunir les quatre conditions suivantes :

### 1. Provocation soudaine

Dans *R. v. Tripodi*, le juge Rand interprète la «provocation soudaine» visée au paragraphe (1) comme signifiant :

que l'action injuste ou l'insulte doit frapper l'esprit qui n'y est pas préparé, qu'elle doit provoquer un choc inattendu de façon à surprendre l'entendement et à enflammer la colère.<sup>165</sup>

### 2. Action injuste ou insulte

La loi ne précise pas si le qualificatif «injuste» se limite à l'action juridiquement injuste, ou s'il est suffisamment large pour embrasser les actions qui ne seraient que moralement injustes.

Le Petit Robert définit «insulte» comme suit :

Acte ou parole qui vise à outrager ou constitue un outrage.

Il est trois cas où l'attitude d'une personne ne constitue pas «une action injuste ou une insulte» :

- (i) lorsqu'elle fait quelque chose qu'elle a légalement le droit de faire, par exemple un acte de légitime défense;
- (ii) lorsqu'elle fait quelque chose que l'accusé l'a incitée à faire afin d'avoir une excuse pour infliger la mort ou des lésions corporelles; et
- (iii) lorsqu'elle arrête l'accusé illégalement (à moins que celui-ci ne sache que l'arrestation est illégale).

---

<sup>164</sup> *Supra*, note 2, page 449. L'aperçu de l'état actuel du droit qui suit est inspiré en grande partie de l'analyse de Stuart, p. ges 448-456.

<sup>165</sup> [1955] R.C.S. 438, PAGE 443.

### 3. Comportement suffisant à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser

Ces dernières années ont vu un assouplissement considérable de la formulation rigide et objective de cette condition. La position initiale fut exprimée dans *R. v. Bedder*<sup>166</sup>; jugé que la norme objective ne permettait pas de prendre en considération le fait que l'accusé était sexuellement impuissant, bien qu'il s'agisse là d'un facteur déterminant de l'excuse fondée sur la provocation de la part d'une prostituée qui l'avait insulté pour son manque de vigueur.

La règle *Bedder* a été appliquée dans l'arrêt *R. v. Wright*<sup>167</sup>, par lequel la Cour suprême du Canada a jugé que les facteurs subjectifs comme le caractère, les antécédents personnels, le tempérament, les particularités ou l'ivresse de l'accusé, ne pouvaient être pris en considération. Ils n'intervenaient qu'au stade suivant, lorsqu'il s'agissait d'examiner si l'accusé avait agi «sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid».

Dans *R. c. Parnerkar*<sup>168</sup>, la Cour suprême du Canada a réitéré cette règle, en décidant qu'il ne fallait pas prendre en considération le fait que l'accusé était de race noire, bien que la provocation invoquée consistât en propos racistes.

Les règles applicables en Angleterre ont été bouleversées en 1978, lorsque la Chambre des lords, par son arrêt *R. v. Camplin*, a conclu que la règle *Bedder* ne pouvait être maintenue, vu l'article 3 de la loi *Homicide Act*. Les juges de première instance devaient désormais donner au jury l'explication suivante :

l'homme raisonnable évoqué dans la question est quelqu'un qui est doué du sang-froid qu'on peut attendre de la part d'une personne ordinaire appartenant au même sexe et ayant le même âge que l'accusé, mais qui, pour le reste, partage les caractéristiques personnelles de l'accusé, dont le jury pense

---

<sup>166</sup> [1954] 2 All E R 801 (HL).

<sup>167</sup> [1969] R.C.S. 335.

<sup>168</sup> (1973) 21 CNRS 129.

qu'elles peuvent affecter la gravité de la provocation dont il a fait l'objet; et la question à se poser n'est pas de savoir seulement si cette personne, dans les mêmes conditions, perdrait son sang-froid face à la provocation, mais encore si elle aurait réagi à cette provocation de la même façon que l'accusé.<sup>169</sup>

Le juge des faits doit donc prendre en considération les caractéristiques personnelles de l'accusé comme l'âge, le sexe, la race, l'impuissance, le nanisme, l'immaturité, la sénilité et la grossesse. Il doit cependant exclure la preuve de l'excitabilité exceptionnelle, de la pugnacité, du tempérament coléreux et de l'ivresse.

Cette approche a été adoptée par la Cour suprême du Canada dans son arrêt *R. c. Hill*<sup>170</sup> : l'accusé, âgé de 16 ans, a invoqué, face à une accusation de meurtre au premier degré, la provocation du fait des agissements de la victime, dont une agression homosexuelle. La Cour a conclu à l'unanimité que l'âge et le sexe peuvent être des facteurs à prendre en considération lors de la phase objective de l'examen de la provocation.

La décision *Hill* a donc pris le contre-pied des décisions *Wright* et *Parnerkar* sur cette question, et y substitue une norme objective plus souple qui prend en considération, non pas tous, mais certains facteurs personnels.

#### **4. Riposte «sous l'impulsion du moment» dans un accès de colère**

Aux termes du paragraphe 232(2), l'accusé doit avoir agi «sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid». Il s'agit là d'un examen entièrement subjectif de l'accusé dans le cas d'espèce, et tous les facteurs personnels possibles, y compris les particularités et l'intoxication, peuvent entrer en ligne de compte.

---

<sup>169</sup> [1978] 2 All E R 168, page 718.

<sup>170</sup> (1985) 51 CR (3d) 97.

### C. Lacunes des règles actuelles

L'article 232 présente de nombreux défauts, fort connus des tribunaux et des praticiens.

En premier lieu, il est trop complexe et, à certains égards, répétitif.

En deuxième lieu, certaines de ses dispositions sont ambiguës. Par exemple, personne ne sait avec certitude comment il faut interpréter le terme «mauvais» figurant au paragraphe (2). «Mauvais» n'est une qualification juridique dans aucun des ressorts étudiés.

En troisième lieu, le critère objectif établi par le paragraphe (2) («personne ordinaire») ignore cette réalité : les réactions des gens sont inextricablement liées à leurs caractéristiques personnelles et à leur mentalité. Exiger qu'un enfant réagisse comme un adulte (comme l'a fait le juge de première instance dans *Bedder*) ou qu'un Noir réagisse à une insulte raciste de la même manière qu'un Blanc (*Parnerkar*) revient à imposer une forme de responsabilité absolue, à l'encontre des principes fondamentaux de responsabilité pénale.

En quatrième lieu, il ressort de l'arrêt *Hill* de la Cour suprême du Canada que le juge de première instance n'est pas tenu d'expliquer au jury qu'il doit prendre en considération certaines caractéristiques personnelles de l'accusé pour examiner si l'action mauvaise ou l'insulte suffit à priver une personne ordinaire de son pouvoir de se maîtriser. Pareille explication n'ajouterait pas beaucoup à la complexité des directives, et clarifierait un important élément du moyen de défense, ce qui garantit que le jury ne sera pas induit en erreur.

En cinquième lieu, la condition que la riposte de l'accusé soit immédiate est trop restrictive. La véritable question qui se pose est de savoir si l'accusé a agi sous l'effet d'une provocation; qu'il ait agi ou non «sous l'impulsion du moment» ou «avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid», voilà un facteur qui n'est pas nécessairement décisif. Comme le fait observer Stuart, le passage du temps peut parfois ajouter à la colère, au lieu de l'apaiser<sup>171</sup>.

---

<sup>171</sup> *Supra*, note 2, page 456.



Enfin, il n'y a aucun principe qui justifie que la provocation ne puisse être invoquée qu'en cas de meurtre. Bien que l'excuse de provocation ait toujours été considérée comme une mesure d'adoucissement qui tempère la sévérité de la peine minimum d'emprisonnement à perpétuité pour le meurtre, elle traduit aussi la conscience qu'à la société des faiblesses humaines et qui doit s'appliquer de la même façon à toutes les infractions. Il est extrêmement arbitraire qu'un accusé qui attaque quelqu'un parce qu'il y a été provoqué puisse invoquer la provocation si ce quelqu'un en meurt, mais qu'il ne puisse le faire si ce dernier survit à l'attaque.

#### **D. Recommandations de réforme**

La recommandation du Groupe de travail vise à remédier à toutes les insuffisances de l'article 232.

En premier lieu, elle élimine la disposition qui limite inutilement la provocation à «une action injuste ou une insulte».

En deuxième lieu, elle élimine la condition arbitraire que la provocation soit «soudaine».

En troisième lieu, elle applique un critère objectif-sубjectif à la réaction de l'accusé à la provocation. Le Groupe de travail est d'avis que toutes les caractéristiques personnelles pertinentes de l'accusé, y compris sa constitution psychologique, doivent être prises en considération lorsqu'il s'agit d'examiner si le fait qu'il ait perdu son sang-froid était raisonnable. C'est l'approche adoptée en Angleterre et dans le *Model Penal Code* des États-Unis.

En quatrième lieu, le moment de la riposte de l'accusé est lié à l'existence continue de la provocation. Ainsi donc, il doit avoir riposté «sous l'empire de la provocation», que ce soit ou non «sous l'impulsion du moment» ou «avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid».

Enfin, elle fait de la provocation une excuse à l'égard d'un plus grand nombre d'infractions, et non pas seulement du meurtre. Il est prématuré d'identifier les autres infractions auxquelles la provocation peut s'appliquer. Cette mesure devra attendre la codification des nouvelles incriminations dans le nouveau *Code criminel*.

## XV. DE MINIMIS NON CURAT LEX

### A. Recommandation du Groupe de travail

Le Groupe de travail recommande l'inclusion de la disposition suivante dans le nouveau *Code criminel* :

#### Infractions vénielles

19. Lors même que le ministère public a fait la preuve de tous les éléments essentiels de l'infraction, le tribunal saisi peut, avant de rendre un verdict de culpabilité, suspendre la procédure contre le prévenu pour ce qui est de cette infraction, si celui-ci le convainc par prépondérance des probabilités qu'eu égard à la nature de l'acte commis et à toutes les circonstances y afférentes, l'infraction est trop vénielle pour justifier un verdict de culpabilité, l'enregistrement d'une déclaration de culpabilité ou l'application d'une peine.

### B. L'état actuel du droit

L'adage ancien *De minimis non curat lex* signifie que «la loi ne s'occupe pas de choses insignifiantes».

L'une des premières références des temps modernes à cet adage de la *common law* se trouve dans *The "Reward"*<sup>172</sup>, qui énumère les quatre éléments dont le prévenu doit faire la preuve pour être exonéré de la responsabilité pénale :

1. une infraction a été commise,
2. cette infraction n'avait guère de conséquence; la contravention était vénielle,

---

<sup>172</sup> (1818) 165 ER 1482 (HC Adm).

3. si l'infraction s'était poursuivie dans les faits, elle ne porterait guère atteinte à l'intérêt public,
4. l'accusé encourt une peine inflexiblement sévère.

L'excuse *de minimis* est invoquée surtout dans les cas de possession, habituellement de boisson alcoolique ou de stupéfiant, et dans les cas de vol et de voies de fait.

### 1. Possession de boisson alcoolique ou de stupéfiant

Il ressort d'un examen de la jurisprudence en la matière qu'il y a devant certains tribunaux et chez certains avocats une véritable confusion quant à l'application de l'adage *de minimis*. Certaines décisions envisagent le problème sous l'angle de l'examen de la question de savoir si une loi donnée exige la preuve d'une quantité minimum d'alcool ou de stupéfiant, et différents critères ont été appliqués :

- une trace de la substance suffit pour établir la possession, cette trace étant un reste ou résidu d'une quantité plus importante<sup>173</sup>;
- un verdict de culpabilité est justifié s'il y a une quantité susceptible de mesure ou d'analyse<sup>174</sup>;
- il faut qu'il y ait une quantité consommable<sup>175</sup>;
- le prévenu qui ne savait pas que la pipe en sa possession contenait un résidu de stupéfiant ne «possédait» pas ce stupéfiant<sup>176</sup>;

---

<sup>173</sup> *R. v. Quigley* (1954) 111 CCC 81 (C.A. Alta) et *R. v. McLeod* (1955) 111 CCC 137 (C.A.C.-B.).

<sup>174</sup> *Bocking v. Roberts* [1974] QB 307 (C.A. Angl.), *R. v. Boyesen* [1982] AC 768 (HL), *R. v. Battie* (1985) 26 CCC (3d) 49 (C.comt.C.-B.), et *R. v. Brett* (1986) 53 CR (3d) 189 (C.A.C.-B.).

<sup>175</sup> *R. v. Peleshaty*, (1949) 96 CCC 147 (C.A. Man.), et *R. v. Carver* [1978] QB 472 (C.A. Angl.).

<sup>176</sup> *R. v. Overvold* (1972) 9 CCC (2d) 517 (C. Mag. T.N.-O.).

- le prévenu avait l'intention de posséder la pipe, non pas la trace non consommable de stupéfiant trouvée dans cette pipe<sup>177</sup>; et
- une trace de stupéfiant ne constitue que la preuve d'une possession antérieure<sup>178</sup>.

Deux décisions, *R. v. S.*<sup>179</sup> et *R. v. Cross*<sup>180</sup>, illustrent l'application de la règle *de minimis* dans un contexte qui s'y prête : après que le ministère public eut fait la preuve de tous les éléments essentiels de l'infraction (y compris le fait que le prévenu «possédait» la substance au sens de la loi), la question s'est posée de savoir si l'infraction était trop insignifiante pour justifier un verdict de culpabilité.

## 2. Vol

Dans *R. v. Jacobsen*<sup>181</sup>, la Cour d'appel de l'Ontario a appliqué la règle *de minimis* pour annuler un plaidoyer de culpabilité de vol d'un livre de bibliothèque publique.

Cependant, dans *R. v. Li*<sup>182</sup>, la Haute Cour de l'Ontario a conclu, dans une affaire de vol à l'étalage, que la règle *de minimis* n'avait pas application en droit pénal.

---

<sup>177</sup> *R. v. McBurney*, (1974) 15 CCC (2d) 361 (C.S.C.-B.).

<sup>178</sup> *R. v. Burney*, (1975) 24 CCC (2d) 44 (C.A.C.-B.).

<sup>179</sup> (1974) 17 CCC (2d) 181 (C.Prov.Man.).

<sup>180</sup> (1976) 14 Nfld & PEI R 22 (C.Prov.T.-N.).

<sup>181</sup> (1972) 9 CCC (2d) 59.

<sup>182</sup> (1984) 16 CCC (3d) 382.



### 3. Voies de fait

Les cours d'appel de l'Ontario et de la Saskatchewan ont appliqué l'adage *de minimis* pour excuser des voies de fait sans conséquence<sup>183</sup>.

#### C. Lacunes des règles actuelles

Cet examen de la jurisprudence fait ressortir deux graves déficiences dans l'état actuel du droit pour ce qui est de la règle *de minimis non curat lex*.

En premier lieu, il y a une confusion inquiétante chez les juges au sujet du stade où la question de l'application de l'adage *de minimis* doit être examinée, au cours d'un procès criminel. Dans de nombreuses affaires de possession d'alcool ou de stupéfiant, la question véritable qui se posait au tribunal était de savoir s'il fallait une quantité minimum de la substance interdite pour qu'il y eût «possession» au sens de la loi. La question de l'application de la règle *de minimis* ne se pose pas à ce stade de jugement; elle n'entre en jeu qu'après que le juge des faits a conclu que le prévenu avait effectivement la substance interdite en sa possession et devait être déclaré coupable à tous autres égards. À la lumière des critères définis dans *The "Reward"*, l'excuse *de minimis* ne s'applique qu'après que le ministère public a prouvé que le prévenu a effectivement commis l'infraction.

En second lieu, malgré plusieurs décisions récentes en sens contraire, une partie prépondérante de la jurisprudence indique qu'aux yeux des tribunaux canadiens, *de minimis* est une excuse. Cette règle est à la base de l'acquittement prononcé par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Jacobsen* et dans *Wolfe*, et elle a été expressément citée comme motif subsidiaire d'acquittement par la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan dans *LePage*. La Haute Cour de l'Ontario a bien décidé dans *Li* que l'adage *de minimis* n'avait pas application

---

<sup>183</sup> *R. v. Wolfe* (1974) 20 CCC (2d) 382 (C.A.Ont.) et *R. v. LePage* (1989) 74 CR (3d) 368 (C.A.Sask.).

en droit pénal, mais les trois précédents cités à l'appui n'avaient aucun rapport avec cette conclusion :

- dans *Quigley*, la Cour devait se prononcer sur la question de savoir s'il fallait une certaine quantité minimum d'héroïne pour constituer la «possession» au sens de la loi dite *Opium and Narcotic Drug Act*; la règle *de minimis* n'était pas applicable;
- dans *Bocking v. Roberts*, c'est la même question de la quantité minimum qui s'est posée, et la conclusion que «la règle *de minimis* ne sera pas appliquée» était tout à fait indiquée en ce stade de l'analyse;
- dans *Boyesen*, la question s'est posée encore de savoir si la loi ne s'appliquait qu'à partir d'une quantité minimum, et la règle *de minimis* n'a pas été invoquée.

#### D. Recommandations de réforme

##### 1. Propositions de réforme

La Commission de réforme du droit du Canada n'a pas recommandé de prévoir dans les Dispositions générales du nouveau *Code criminel* l'excuse *de minimis non curat lex*. Elle présumait que cette excuse de *common law*, dans la mesure où elle a cours de nos jours, serait maintenue.

La question de la règle *de minimis* n'a été abordée ni dans le rapport *Review of Commonwealth Criminal Law* (juillet 1990) de l'Australie, ni dans le *Crimes Bill* (1989) de la Nouvelle-Zélande (1989), ni dans la proposition de *Criminal Code* de l'English Law Commission.

Cette excuse est prévue au *Model Penal Code* des États-Unis, comme suit :

2.12. La Cour renvoie le prévenu des fins de la poursuite si, compte tenu de la nature de l'acte constituant l'infraction reprochée et compte tenu des circonstances y afférentes, elle conclut que l'acte du prévenu : ...

(2) n'a en fait pas causé ou risqué de causer le préjudice ou le mal que la loi incriminant l'infraction vise à prévenir, ou a causé ou risqué de causer un préjudice ou un mal trop insignifiant pour justifier un verdict de culpabilité. ...

## 2. Maintien de l'excuse *de minimis*

Voici les arguments traditionnels en faveur de l'excuse *de minimis* :

- elle réserve l'application de la loi pénale aux actes répréhensibles graves,
- elle protège le prévenu de l'opprobre d'une condamnation pénale et de peines sévères pour un acte répréhensible relativement insignifiant,
- elle évite aux tribunaux d'être submergés par une quantité énorme de causes vénielles.

On pourrait soutenir que ces arguments, aussi valides aient-ils été par le passé, ne sont plus concluants de nos jours, vu la disponibilité des programmes de déjudiciarisation, le pouvoir discrétionnaire du ministère public de ne pas poursuivre, la doctrine en pleine évolution de l'abus des procédures, et la possibilité de pardon et d'absolution avec ou sans conditions.

Cependant, les tenants de l'excuse *de minimis* répondraient qu'il y a bien des causes insignifiantes qui passent au travers de tous ces dispositifs de filtrage, et qu'un examen des poursuites évoquées plus haut montre que même de nos jours, des actes véniels sont bel et bien traduits en justice.

De même, la possibilité d'absolution et de pardon ne constitue pas une réponse complète, et ce pour deux raisons. En premier lieu, l'absolution ne peut être prononcée à l'égard des personnes morales, ni à l'égard de l'accusé ayant à répondre d'une infraction autre que celle «pour laquelle la loi ne prescrit pas une peine minimale ou qui n'est pas punissable, à la suite des procédures entamées contre lui, d'un emprisonnement de quatorze ans ou de l'emprisonnement à perpétuité».

En second lieu, la condition préalable de l'absolution est que l'accusé plaide coupable ou est reconnu coupable. Bien que la distinction puisse paraître subtile à certains, la doctrine *de minimis* doit intervenir pour excuser le prévenu avant le verdict de culpabilité, une fois que le ministère public a prouvé, hors de tout doute raisonnable, tous les éléments constitutifs de l'infraction.

### 3. Codification de la règle *de minimis* dans le nouveau *Code criminel*

L'argument le plus convaincant qu'on puisse avancer pour laisser au domaine de la *common law* tous les moyens de défense, excuses et faits justificatifs en matière pénale, est que cet état des choses permet aux tribunaux d'adapter le principe aux nouvelles circonstances. L'abus des procédures, le moyen de défense d'état de nécessité et de provocation policière en sont des exemples récents.

Cependant, un examen de l'élaboration du principe *de minimis* par les tribunaux n'inspire pas confiance dans la capacité de la *common law* d'atteindre cet objectif. Pour décider s'il y a lieu d'appliquer l'excuse *de minimis*, les tribunaux ont souvent examiné si une quantité minimum de stupéfiant était nécessaire pour prouver la possession, au lieu d'examiner si le prévenu en possession d'une quantité insignifiante devrait subir l'opprobre d'un verdict de culpabilité ou d'une sanction pénale.

De même, les tribunaux sont divisés sur la question de savoir si la règle *de minimis* est toujours en vigueur à titre d'excuse, du moins à l'égard de certaines infractions.

L'avantage d'une codification de cette excuse tient à ce qu'elle indiquerait clairement que celle-ci existe, tout en indiquant les infractions à l'égard desquelles elle s'applique ainsi que les questions qu'il faut établir avant qu'elle ne s'applique.

### 4. Pouvoir d'appréciation des tribunaux

Le Groupe de travail est d'avis qu'une fois l'argument *de minimis* accueilli, le tribunal doit suspendre la procédure au lieu de prononcer l'acquittement, et ce pour plusieurs raisons.

En premier lieu, l'acte du prévenu est caractérisé par tous les éléments constitutifs de l'infraction, et la seule raison pour laquelle le tribunal ne rend pas un verdict de culpabilité est qu'il exerce son pouvoir discrétionnaire pour protéger sa propre intégrité contre les poursuites futiles. Dans ce sens, la solution est analogue à la suspension de l'instance ordonnée par le tribunal pour abus des procédures.



En second lieu, la procédure de «suspension judiciaire» permet au tribunal de prendre en considération une gamme plus étendue de preuves concernant, par exemple, la fréquence du crime reproché et l'effet de la suspension sur la politique de prévention.

#### **5. Charge de la preuve**

Le Groupe de travail estime que c'est au prévenu qu'il doit incomber de convaincre le tribunal, par prépondérance des probabilités, qu'il y a lieu d'ordonner la suspension de la procédure. Cette solution va dans le même sens que la recommandation du Groupe de travail sur la provocation policière.

## **XVI. PROVOCATION POLICIÈRE**

### **A. Recommandation du Groupe de travail**

Le Groupe de travail recommande l'inclusion de la disposition suivante dans le nouveau *Code criminel* :

#### **Provocation policière**

**20. (1) Le tribunal saisi suspendra la procédure relative à l'infraction reprochée à l'accusé quand les conditions suivantes sont réunies :**

- a) le juge des faits conclut que le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable tous les éléments constitutifs de l'infraction,**
- b) le tribunal conclut que l'accusé a prouvé par prépondérance des probabilités qu'il avait commis cette infraction sous l'effet d'une provocation policière.**

**(2) Sans préjudice de la portée générale du paragraphe (1), il y notamment provocation policière à la commission d'une infraction :**

- a) quand les autorités procurent à l'accusé l'occasion de commettre cette infraction, sans qu'elles aient de bonnes raisons de soupçonner qu'il se livre déjà à cette activité criminelle, ou sans que ce soit dans le cadre d'une enquête visant des personnes se trouvant dans un lieu où ces autorités ont lieu de soupçonner que cette activité criminelle s'exerce; ou**
- b) quand les autorités non seulement procurent à l'accusé l'occasion de commettre cette infraction mais l'incitent à la commettre, sans qu'elles aient de bonnes**

raisons de soupçonner qu'il se livre déjà à cette activité criminelle, ou sans que ce soit dans le cadre d'une enquête visant des personnes se trouvant dans un lieu où ces autorités ont lieu de soupçonner que cette activité criminelle s'exerce.

#### B. L'état actuel du droit

Deux récentes décisions de la Cour suprême du Canada ont clairement défini ce qu'il faut prouver pour faire valoir la provocation policière.

Dans *Mack c. La Reine*<sup>184</sup>, l'accusé était poursuivi pour possession et trafic de stupéfiant. Ancien toxicomane avec un casier judiciaire chargé, il avait cessé de se droguer depuis un certain temps. Une ancienne connaissance, indicateur de la police, l'a approché pour demander à lui acheter des stupéfiants à plusieurs reprises. Une fois l'indicateur a amené l'accusé dans un boisé et lui a montré une arme à poing, ce que ce dernier interprétait comme une menace.

Après des demandes instantes et répétées, l'accusé a accepté de rencontrer l'indicateur qui le terrifiait. Lors de cette rencontre, un policier en civil, qui se disait représentant d'un syndicat de trafic de drogues, lui a montré une grosse somme d'argent. Durant les jours qui suivirent, l'accusé a acheté 12 onces de cocaïne pour revente au syndicat; il a été arrêté en pleine livraison de la drogue à l'indicateur.

La Cour suprême du Canada a infirmé la déclaration de culpabilité, ordonné un nouveau procès et prononcé la suspension de l'instance.

Rendant le jugement de la Cour, le juge Lamer a conclu que la provocation policière n'est pas un moyen de défense qui supprime l'intention coupable, ni une justification comme l'état de nécessité ou la contrainte. Par contre, elle exclut le verdict de culpabilité en raison de la nécessité pour les tribunaux de préserver la pureté de l'administration de la justice et de prévenir un abus de leurs propres procédures.

---

<sup>184</sup> (1988) 44 CCC (3d) 513.

Au lieu de focaliser leur attention sur les prédispositions de l'accusé pour le crime reproché, comme c'est le cas aux États-Unis, les tribunaux devraient se préoccuper des agissements de la police, et de la question de savoir si ces agissements ne risquent pas d'abuser des procédures de la Cour. La Cour suprême a établi la règle générale comme suit :

Il y a provocation policière lorsque :

- a) les autorités procurent à une personne l'occasion de commettre une infraction sans pouvoir raisonnablement soupçonner que cette personne est déjà engagée dans une activité criminelle, ni se fonder sur une véritable enquête, et
- b) quoiqu'elles aient ce doute raisonnable ou qu'elles agissent au cours d'une véritable enquête, les autorités font plus que procurer une occasion et incitent à perpétrer une infraction<sup>185</sup>.

La Cour a aussi conclu que la question de la provocation policière doit être décidée, selon la prépondérance des probabilités, par le juge et non par le jury.

Cependant, avant que le tribunal ne prononce la suspension de l'instance pour cause de provocation policière, il faut qu'il soit absolument clair que le ministère public s'est acquitté de la charge qui lui incombe de prouver hors de tout doute raisonnable tous les éléments constitutifs de l'infraction commise par l'accusé.

En l'espèce, les agissements de la police étaient inacceptables. Bien qu'elle eût de bonnes raisons de soupçonner que l'accusé avait (par le passé) commis ce crime, elle a fait plus que lui procurer l'occasion de commettre l'infraction et l'a incité à la commettre.

Trois ans après, la Cour a été saisie de la même question dans *Barnes c. La Reine*<sup>186</sup>. Dans le cadre d'une opération d'«achat bidon» dans le quartier de Granville Mall de Vancouver, une policière en civil a abordé l'accusé et son ami,

---

<sup>185</sup> *Ibid.*, page 559.

<sup>186</sup> (1991) 63 CCC (3d) 1.



parce que leur apparence débraillée, leur tenue et leur comportement concordaient avec sa fiche de description des possesseurs possibles.

L'agent de police a demandé à l'accusé s'il avait de l'«herbe»; et par deux fois il a répondu par la négative. Elle a insisté, et l'accusé a alors accepté de lui vendre une petite quantité de résine de cannabis pour 15 dollars. Tout de suite après, il a été arrêté et poursuivi pour trafic.

Le juge de première instance a ordonné la suspension de l'instance par ce motif que la police se livrait à l'activité inadmissible qui consistait à «éprouver au hasard la vertu des gens» et que, par conséquent, il y avait bien provocation policière. La Cour d'appel a ordonné un nouveau procès afin d'examiner s'il y avait eu provocation policière en ce sens que l'agent de police faisait plus que procurer une occasion et a incité à la commission de l'infraction.

La Cour suprême du Canada a rejeté le pourvoi de l'accusé. En appliquant le critère défini par l'arrêt *Mack*, elle conclut que la police agissait dans le cadre d'une enquête véritable. La police avait de bonnes raisons de croire qu'il y avait un trafic de drogues dans tout le quartier de six pâtés de maisons de Granville Mall; il lui est permis de procurer l'occasion de commettre un crime donné à toute personne associée à un secteur où elle a de bonnes raisons de penser qu'une activité criminelle est en train de s'exercer. Il suffit d'être *présent* dans un secteur donné pour y être «associé» à cet égard.

## C. Recommandations de réforme

### 1. Codification de la provocation policière

Le Groupe de travail préconise l'inclusion dans le nouveau *Code criminel* d'une disposition qui consacre le «moyen de défense» de provocation policière.

## 2. Le critère applicable

Le Groupe de travail estime que les arrêts *Mack* et *Barnes* ont défini la règle à appliquer; la recommandation ci-dessus vise à traduire ce critère en formulation législative.

Il y a lieu de noter que le Groupe de travail recommande de limiter la provocation policière aux cas où ce sont les *autorités* qui ont pris l'initiative des agissements criminels. Il ne l'étendrait pas aux cas où l'accusé est piégé par un autre civil, et ce pour plusieurs raisons. En premier lieu, rien ne justifie à l'heure actuelle l'adoption d'une disposition législative en matière de provocation policière du «secteur privé». En second lieu, le concept de provocation policière a été jusqu'ici un mécanisme servant à protéger les tribunaux contre l'abus des procédures tenant à des agissements douteux de la police, et il ne semble y avoir aucune bonne raison pour déroger à cette position.

Les alinéas (2)a) et b) de la recommandation du Groupe de travail ne servent qu'à illustrer le comportement qui constitue la provocation policière. Le nouveau *Code criminel* devra laisser la porte ouverte à l'élargissement de la doctrine de la provocation policière, en fonction des besoins.

## 3. Question à trancher par le juge

La majorité des membres du Groupe de travail souscrit à la conclusion tirée par la Cour suprême du Canada dans *Mack*, que la question de savoir s'il y a ou non provocation policière doit être tranchée par le juge, non par le jury. Cette solution est conforme à la vue que la provocation policière est un abus des procédures de la Cour, mais ne supprime pas la *mens rea*.

## 4. Charge de la preuve

De même, la majorité des membres du Groupe de travail convient avec la Cour suprême du Canada qu'il incombe à l'accusé de convaincre le tribunal, par prépondérance des probabilités, qu'il a commis l'infraction sous l'effet d'une provocation policière. Cette solution est conforme à la position prise par le Groupe de travail au sujet de la règle *de minimis non curat lex*.

Ainsi que l'a fait observer le juge Lamer dans *Mack* :

Je suis arrivé à la conclusion qu'imposer à l'accusé la charge de prouver par prépondérance des probabilités que la conduite de l'État constitue un abus de procédure pour cause de provocation policière n'est pas incompatible avec l'exigence que le ministère public prouve la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Je le répète : la culpabilité ou l'innocence de l'accusé ne sont pas en cause. L'inculpé n'a rien fait qui lui donne droit à un acquittement; le ministère public a toutefois eu une conduite qui l'empêche d'obtenir une déclaration de culpabilité. ... la prétention de provocation policière est une allégation très grave faite contre l'État. L'État doit pouvoir jouir d'une marge de manoeuvre considérable afin d'élaborer des techniques qui puissent l'aider à combattre le crime dans la société. Ce n'est que lorsque la police et ses agents ont une conduite qui porte atteinte aux valeurs fondamentales de la société que la doctrine de la provocation policière peut entrer en jeu. Imposer un fardeau plus léger à l'inculpé aurait pour résultat d'entraver inutilement l'action de l'État contre le crime.<sup>187</sup>

---

<sup>187</sup> *Supra*, note 183, pages 567-568.

## XVII. MOYENS DE DÉFENSE DE COMMON LAW

### A. Recommandation du Groupe de travail

Le Groupe de travail recommande l'inclusion de la disposition suivante dans le nouveau *Code criminel* :

#### Moyens de défense de *common law*

21. **Aucun moyen de défense, fait justificatif ou excuse n'est exclu sauf disposition contraire expresse du présent code.**

### B. L'état actuel du droit

Le paragraphe 8(3) du *Code criminel* actuel prévoit ce qui suit:

Chaque règle et chaque principe de la *common law* qui font d'une circonstance une justification ou excuse d'un acte, ou un moyen de défense contre une inculpation, demeurent en vigueur et s'appliquent à l'égard des poursuites pour une infraction visée par la présente loi ou toute autre loi fédérale, sauf dans la mesure où ils sont modifiés par la présente loi ou une autre loi fédérale ou sont incompatibles avec l'une d'elles.

Cette disposition se trouve dans le *Code criminel* depuis son adoption en 1892. Elle était nécessaire parce que les codificateurs n'avaient nulle prétention de codifier tous les moyens de défense connus en *common law*.

Depuis, le paragraphe 8(3) a été invoqué au Canada à l'appui de moyens de défense non codifiés comme l'intoxication, l'automatisme, l'erreur de fait, l'erreur causée par une source officielle, l'état de nécessité, la provocation policière, l'infraction vénielle, la diligence raisonnable dans les cas d'infraction de stricte responsabilité, ainsi que du moyen de défense de *common law* de contrainte pour les complices.



Le principal avantage du paragraphe 8(3) tient à ce qu'il a facilité un certain développement dans le domaine des moyens de défense de *common law*.

### C. Propositions de réforme

Dans l'élaboration d'un nouveau *Code criminel*, il faut se demander s'il y a lieu d'y inclure une disposition portant maintien des moyens de défense de *common law*. Trois possibilités se présentent :

1. **omission** : la Commission de réforme du droit du Canada s'est fixé pour but de faire figurer au nouveau *Code criminel* tous les moyens de défense de fond, afin que la codification soit exhaustive. C'est ainsi qu'elle n'a pas recommandé une disposition résiduelle pour les moyens de défense de *common law*.

Dans cette approche, l'accusé a la possibilité de faire valoir un moyen de défense, fait justificatif ou excuse qui n'est pas expressément prévu au nouveau *Code criminel*, afin qu'il ne soit pas privé de son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne, si ce n'est «en conformité avec les principes de justice fondamentale» au sens de l'article 7 de la *Charte*.

2. **inclusion d'une disposition sur les «principes de justice fondamentale»** : d'autres soutiennent qu'afin que le nouveau *Code criminel* soit exhaustif, il est préférable d'y inclure une disposition qui fait expressément référence à l'article 7 de la *Charte*, comme suit :

Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction si la déclaration de culpabilité constitue, eu égard aux faits de la cause, une violation des principes de justice fondamentale qui ne peut être raisonnablement justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique.

3. **maintien d'une disposition sur les «moyens de défense de *common law*»** : certains estiment qu'il faut conserver dans le nouveau *Code criminel* le concept qui s'incarne à l'heure actuelle dans le paragraphe 8(3).

Tout compte fait, le Groupe de travail penche pour la troisième option, et ce pour plusieurs raisons.

En premier lieu, elle est conforme à la conception du nouveau *Code criminel* qui veut que, dans la mesure du possible, les questions soient expressément prévues afin que la codification soit exhaustive.

En deuxième lieu, il est préférable de prévoir la règle dans le nouveau *Code criminel* lui-même, au lieu de l'y inclure par référence indirecte et implicite à l'article 7 de la *Charte*.

En troisième lieu, une disposition de formulation large sur les «moyens de défense de *common law*» permettrait d'invoquer des moyens de défense dans les cas où ils ne satisferaient pas aux restrictions de l'article 7 de la *Charte*.

#### D. Éléments essentiels

La recommandation du Groupe de travail comporte deux caractéristiques importantes qu'il faut souligner.

En premier lieu, la nouvelle disposition permettrait aux tribunaux d'admettre tout moyen de défense de *common law* existant et d'en créer d'autres qui pourraient se faire jour à l'avenir. À titre d'exemples de ces derniers, on peut citer l'intoxication pathologique, le syndrome de la guerre du Viet-Nam et la tension prémenstruelle.

En second lieu, tout moyen de défense, fait justificatif ou excuse de *common law* doit être possible, sauf exclusion expresse par le nouveau *Code criminel*. Cette solution est fort différente du paragraphe 8(3) actuel, qui exclut les moyens de défense «modifiés par la présente loi ou toute autre loi fédérale ou ... incompatibles avec l'une d'elles».

Le *Code criminel* est le principal texte de notre pays sur la responsabilité pénale, et le Groupe de travail estime que toute initiative prise par le législateur pour restreindre des moyens de défense de *common law* doit se réaliser par voie de modification du *Code criminel*, et non pas de quelque autre loi fédérale.

**PARTIE V : INFRACTIONS NON CONSOMMÉES****XVIII. TENTATIVE****A. Recommandation du Groupe de travail**

Le Groupe de travail recommande l'inclusion de la disposition suivante dans le nouveau *Code criminel* :

**Tentative**

22. (1) Quiconque, ayant l'intention de commettre une infraction, fait ou omet de faire quelque chose pour arriver à son but, est coupable de la tentative de commettre cette infraction, même si, eu égard aux circonstances, il lui est impossible de la commettre dans les faits ou au regard de la loi.
- (2) Est une question de droit la question de savoir si un acte ou une omission, de la part d'une personne qui a l'intention de commettre une infraction, est ou non une simple préparation à la commission de l'infraction, et a ou non avec celle-ci un rapport trop lointain pour en constituer la tentative.
- (3) Sauf disposition contraire expresse de la loi, quiconque aide ou encourage une autre personne à commettre une infraction est, si celle-ci ne se réalise pas, coupable de la tentative de commettre cette infraction.

## B. L'état actuel du droit

La définition légale de tentative est apparue pour la première fois dans le *Code criminel* de 1892. Exception faite de quelques modifications mineures opérées lors de la refonte de 1955, elle est restée essentiellement la même qu'à l'origine.

Deux considérations d'ordre public font que la tentative de commettre un crime constitue en soi une infraction. La première concerne la prévention : l'État peut ainsi intervenir et mettre fin aux agissements dangereux ou dommageables dès qu'ils prennent forme, pour prévenir ainsi la commission d'une infraction criminelle plus grave.

En second lieu, il faut que le contrevenant encoure des sanctions pénales pour avoir formé l'intention de commettre l'infraction, et pour être allé plus loin que la simple préparation pour arriver à son but.

### 1. L'élément moral

Le paragraphe 24(1) assigne la responsabilité pénale à quiconque a «l'intention de commettre une infraction». Dans *Lajoie c. La Reine*, qui était une affaire de tentative de meurtre, la Cour suprême du Canada a donné une large interprétation de ce libellé. Elle a jugé qu'il y a meurtre si l'accusé entend causer la mort, mais aussi s'il entend causer des lésions corporelles tout en sachant qu'elles sont de nature à causer la mort et ne se soucie guère de ce que la mort s'ensuive ou non. La Cour a conclu que l'intention qui suffit à constituer l'infraction de meurtre suffit aussi à caractériser la tentative :

Si l'on peut démontrer que l'accusé a essayé de causer à une autre personne des lésions corporelles qu'il sait être de nature à causer la mort et s'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non, alors, suivant les termes de l'art. 210, si la mort ne s'est pas ensuivie [sic], une tentative de commettre un meurtre a été prouvée.<sup>188</sup>

---

<sup>188</sup> (1973) 109 CCC (2d) 313, page 317.



Une décennie après, la Cour suprême du Canada est revenue sur cette conclusion dans *La Reine c. Ancio*<sup>189</sup>, affaire de tentative de meurtre dans laquelle le ministère public a cherché à étendre le principe dégagé par l'arrêt *Lajoie* au meurtre établi par interprétation de la loi. Ne se contentant pas de distinguer les faits de la cause de ceux de l'affaire *Lajoie* et de décider qu'il ne fallait étendre le principe dégagé dans cet arrêt aux cas de meurtre établi par interprétation de la loi, la Cour est allée un peu plus loin et a répudié le raisonnement qu'elle-même avait tenu dans *Lajoie*. Notant que l'article 24 définit la tentative comme le fait d'avoir «l'intention de commettre une infraction», le juge McIntyre a ajouté :

Pour qu'il y ait infraction complète de meurtre, il doit y avoir homicide. L'intention de commettre l'infraction complète de meurtre doit par conséquent comprendre l'intention de tuer. Il m'est impossible de conclure qu'une personne peut avoir l'intention de commettre les homicides involontaires décrits aux art. 212 et 213 du *Code*. J'estime donc que la *mens rea* de la tentative de meurtre ne peut être rien de moins que l'intention spécifique de tuer.<sup>190</sup>

Le juge McIntyre admet que cette position pourrait aboutir à un résultat plutôt illogique, savoir que la tentative de meurtre se définirait par un degré plus élevé de *mens rea* (c'est-à-dire l'intention) que pour le meurtre proprement dit (c'est-à-dire l'indifférence à ce que la mort s'ensuive ou non). Il ne voit aucun mérite à cet argument :

L'intention de tuer est l'intention la plus grave en matière de meurtre et il n'y a aucune raison logique pour laquelle une tentative de meurtre, qui vise la réalisation du crime complet de meurtre, devrait comporter une intention moindre. Tout illogisme dans la présente affaire réside dans le fait que le *Code* qualifie de meurtre l'homicide involontaire. À mon avis, la *mens rea* applicable à la tentative de meurtre est l'intention spécifique de tuer. Un état d'esprit qui n'atteint pas ce niveau peut fort bien entraîner une déclaration de culpabilité relativement à d'autres infractions comme, par exemple, l'un

---

<sup>189</sup> (1984) 10 CCC (3d) 385.

<sup>190</sup> *Ibid.*, page 402.

ou l'autre type de voies de fait graves, mais non à [sic] une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre.<sup>191</sup>

## 2. L'acte matériel

La question la plus épineuse à résoudre dans le contexte des règles applicables à la tentative concerne la ligne de démarcation entre la préparation et la tentative. Dans *La responsabilité secondaire : complicité et infractions inchoatives*<sup>192</sup>, la Commission de réforme du droit du Canada a relevé 14 critères que les tribunaux, les législatures et les auteurs ont élaborés dans cette recherche futile d'une définition universelle de la ligne de démarcation.

Dans *R. v. Cline*, le juge Laidlaw, rendant le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario, a analysé plusieurs de ces critères pour tirer la conclusion suivante :

À mon humble avis, il n'y a aucune théorie ou critère universellement applicable, et je doute qu'on puisse en formuler un qui soit satisfaisant. Chaque cas doit être décidé à la lumière des faits de la cause, compte tenu de la nature de l'infraction et des actes en question.<sup>193</sup>

Il a ensuite relevé six principes dégagés de la *common law*, dont voici les trois derniers :

(4) Il n'est pas essentiel que l'acte matériel soit un crime, un délit civil ou même un acte moralement répréhensible ou un méfait social;

(5) L'acte matériel doit être davantage que le simple acte préparatoire;

(6) Lorsque la préparation est effectivement terminée, le pas suivant que fait l'accusé dans l'intention de commettre un

---

<sup>191</sup> *Ibid.*, page 404.

<sup>192</sup> Document de travail 45, (Ottawa : Commission de réforme du droit du Canada, 1985).

<sup>193</sup> (1956) 115 CCC 18, page 26.

crime spécifique constitue l'acte matériel qui suffit en droit à établir la tentative de commettre ce crime.<sup>194</sup>

La décision la plus récente de la Cour suprême du Canada en la matière est *Deutsch c. La Reine*<sup>195</sup>. Le juge Le Dain y passe en revue les divers critères susmentionnés et fait remarquer qu'ils ont été tous jugés plus ou moins défectueux par les auteurs. Il partage l'avis de ceux qui ont conclu qu'aucun critère général satisfaisant n'a pu ni ne peut être formulé pour tirer la ligne de démarcation entre préparation et tentative, et que l'application de cette distinction au cas d'espèce est affaire de bon sens. Il ajoute :

À mon avis, la distinction entre la préparation et la tentative est essentiellement qualitative et met en jeu le lien entre la nature et la qualité de l'acte en question et la nature de l'infraction complète, bien qu'il faille nécessairement examiner, en faisant cette distinction qualitative, la proximité relative de l'acte en question avec ce qui aurait constitué une infraction complète, sous l'angle du temps, du lieu et des actes sous le contrôle de l'accusé qui restent à être accomplis. Je conclus que cette opinion est compatible avec ce qui a été dit au sujet de l'*actus reus* de la tentative en cette Cour et dans d'autres décisions canadiennes qui doivent être considérées comme faisant autorité sur la question.<sup>196</sup>

Le juge Le Dain conclut que la proximité relative peut faire une tentative d'un acte qui à d'autres égards ne serait qu'un acte préparatoire, alors qu'un acte qui a tous les attributs de l'acte de commission ne perd pas sa qualité d'*actus reus* de la tentative du fait que d'autres actes sont nécessaires ou qu'un intervalle notable se sera écoulé avant la consommation de l'infraction.

---

<sup>194</sup> *Ibid.*, page 29.

<sup>195</sup> (1986) 52 CR (3d) 305.

<sup>196</sup> *Ibid.*, page 323.

### 3. Désistement volontaire

L'article 24 du *Code criminel* ne fait aucune mention du désistement volontaire. Les règles de droit applicables en la matière au Canada, si règles il y a, ne permettent guère de conclure à l'existence de ce moyen de défense.

Dans *R. v. Kosh*, la Cour d'appel de la Saskatchewan a approuvé la conclusion tirée en première instance que les agissements de l'accusé dépassaient la simple préparation et constituaient une tentative d'entrée par effraction. La Cour a reconnu que l'accusé s'était désisté volontairement, mais a ajouté :

Une fois établi l'élément essentiel qu'est l'intention, de même que les actes manifestes tendant à la commission de l'infraction visée, la raison pour laquelle l'infraction n'a pas été commise ne présente, à mon avis, aucune importance. Une fois ces éléments établis, peu importe que la non-consommation de l'infraction soit due à l'interruption, à la frustration ou au fait que l'intéressé a changé d'avis.<sup>197</sup>

Dans *R. v. Frankland*<sup>198</sup>, la Cour d'appel de l'Ontario a éludé la question du désistement volontaire en décidant que le fait que l'accusé se fut désisté après avoir tenté de violer la plaigante concernait la question de son intention.

### 4. Impossibilité

Le paragraphe 24(1) du *Code criminel* exclut manifestement tout moyen de défense d'impossibilité:

Quiconque, ayant l'intention de commettre une infraction, fait ou omet de faire quelque chose pour arriver à son but est coupable d'une tentative de commettre l'infraction, *qu'il fût possible ou non, dans les circonstances, de la commettre.*

Il y a plusieurs décisions canadiennes portant sur l'impossibilité, mais aucune d'elles ne définit clairement l'importante distinction entre l'impossibilité de fait et l'impossibilité de droit.

---

<sup>197</sup> (1964) 44 CR 185, page 189.

<sup>198</sup> (1985) 23 CCC (3d) 385.



Dans *R. v. Scott*<sup>199</sup>, le prévenu fut pris la main dans la poche-revolver de la victime. Le portefeuille qui s'y trouvait contenait des papiers importants et une carte de crédit, mais pas d'argent. L'accusé fut poursuivi et condamné pour tentative de vol d'argent en espèces.

La Cour d'appel de l'Alberta a confirmé le verdict, en concluant que le prévenu avait l'intention de consommer l'infraction et a accompli un acte concret pour arriver à son but. À la lumière du libellé du paragraphe 24(1), «le fait que le ministère public n'ait pu prouver qu'il y avait de l'argent dans la poche [de la victime] n'anéantit pas, à mon avis, le chef d'accusation»<sup>200</sup>.

La même conclusion a été tirée dans *La Reine c. Gagnon*<sup>201</sup> : le prévenu a été surpris en train d'ouvrir le tiroir-caisse mais ensuite, sans avoir mis la main dedans, il a quitté le magasin. En prononçant un verdict de culpabilité en appel, la Cour d'appel du Québec a cité avec approbation la décision *Scott*.

Enfin, dans *Detering c. La Reine*<sup>202</sup>, le prévenu était poursuivi pour avoir frauduleusement déclaré à sa cliente que sa voiture avait besoin d'une transmission remise à neuf et, subséquemment, qu'il a remis à neuf cette transmission. La propriétaire a payé la facture, mais n'était pas dupée puisqu'elle effectuait en fait une enquête sur les usages commerciaux des garagistes pour le compte des autorités.

La Cour d'appel de l'Ontario a substitué au verdict initial une déclaration de culpabilité de tentative de fraude par ce motif que la victime n'ayant pas été dupée, l'infraction consommée n'a pas été prouvée.

La Cour suprême du Canada a rejeté le pourvoi. La défense faisait valoir que puisque la victime n'avait pas été dupée, le prévenu ne saurait être déclaré coupable de fraude ni de

---

<sup>199</sup> [1964] 2 CCC 257 (C.A.Alta).

<sup>200</sup> *Ibid.*, page 261.

<sup>201</sup> (1975) 24 CCC (2d) 339 (C.A.Qué.).

<sup>202</sup> (1982) 31 CR (3d) 354 (CSC).

tentative de commettre une infraction impossible. Le juge en chef Laskin a rejeté cet argument en ces termes :

De plus, l'accusé ne me convainc pas lorsqu'il plaide que, s'il y a impossibilité, l'accusé ne peut par ses actes se rapprocher de la réalisation du projet de manière qu'il y ait imminence. Suivant mon interprétation, le par. 24(1) fait une toute [sic] autre distinction qui exige simplement la preuve d'une intention et de ce que l'accusé a dépassé la simple préparation en faisant, comme en l'espèce, une fausse déclaration, même si cela n'a pas entraîné la réalisation intégrale de son projet.<sup>203</sup>

### C. Recommandations de réforme

#### 1. L'élément moral

À la suite de l'arrêt *Ancio*, un accusé ne peut être déclaré coupable de tentative que s'il entend consommer l'infraction. Ainsi donc, si l'accusé peut être convaincu de meurtre s'il entend causer la mort, ou causer des lésions corporelles en sachant qu'elles sont de nature à entraîner la mort mais ne se soucie pas de ce que la mort s'ensuive ou non, le même accusé ne pourrait être déclaré coupable de tentative de meurtre (à supposer que la victime ne meure pas) que dans le premier cas, où il entend causer la mort.

Le Groupe de travail souscrit à cette interprétation, et estime qu'il y a lieu de l'incorporer dans le nouveau *Code criminel*.

La proposition de 1987 de la Commission de réforme du droit du Canada est muette à ce sujet, qui n'est ni expressément traité dans la disposition visant la tentative coupable (paragraphe 4(3)), ni discuté dans le commentaire y afférent. Il est manifeste que la Commission est en faveur du maintien de la règle actuellement en vigueur, ainsi qu'en témoigne le paragraphe 4(6) : «Nul n'est responsable d'avoir favorisé ou d'avoir tenté de favoriser la commission d'un crime qui diffère du crime qu'il *avait en vue*.»

---

<sup>203</sup> *Ibid.*, page 356.

## 2. L'acte matériel

Le Groupe de travail partage la conclusion tirée par la Cour suprême du Canada dans *Deutsch* et les vues exprimées par la Commission de réforme du droit du Canada<sup>204</sup>, savoir qu'il serait futile d'essayer de formuler une disposition portant distinction précise entre préparation et tentative; il serait préférable de retenir la disposition actuellement en vigueur, qui donne aux tribunaux une plus grande latitude pour appliquer le principe général aux cas d'espèce.

## 3. Question de droit

Le Groupe de travail estime que la question de savoir si les agissements de l'accusé ne sont que la préparation de l'infraction, dont ils sont trop éloignés pour en constituer la tentative, doit demeurer une question de droit à trancher par le juge, non par le jury. Il est particulièrement important d'y voir une question de droit si le nouveau *Code criminel* ne prévoit pas en détail la distinction entre préparation et tentative.

La règle actuellement en vigueur ne pose aucun problème dans son application. Dans *Canadian Criminal Jury Instructions*, Ferguson et Bouck recommandent de donner les directives suivantes au jury sur cette question :

16. Ce que cela signifie, c'est qu'il m'appartient, à moi en ma qualité de juge du droit, de décider si l'acte de l'accusé, *au cas où il serait prouvé*, constitue une tentative. La règle de droit que vous devez appliquer est celle-ci : si vous concluez que le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable l'acte suivant [indiquer l'acte en question], alors cet acte constitue en droit une tentative, et non pas la simple préparation.

17. Vous êtes les juges des faits. Vous, et vous seuls, devez décider si l'accusé a effectivement commis cet acte. S'il l'a fait, sachez alors que cet acte dépasse la simple préparation et constitue une tentative.<sup>205</sup>

---

<sup>204</sup> Rapport 31, *supra*, note 6, page 51.

<sup>205</sup> 2<sup>e</sup> édition, Vol. I, (Vancouver : Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1990), page 6.09.

#### 4. Désistement volontaire

Seul le *Model Penal Code* des États-Unis reconnaît le moyen de défense de désistement volontaire.

Plusieurs arguments ont été avancés en faveur de ce moyen de défense. Celui qui se désiste de la commission d'un crime est moins blâmable que celui qui persiste dans son dessein, et est moins dangereux pour le public. En effet, l'existence d'un moyen de défense de désistement volontaire, consacré dans la loi, pourrait encourager certains contrevenants à se désister de l'entreprise criminelle.

Par contre, celui qui se désiste est plus blâmable que celui qui ne tente même pas de commettre un crime, et aurait pu être un sujet de préoccupation pour le public même si le crime n'est pas consommé. Certains font valoir qu'il est difficile de dire si l'accusé s'est désisté par remords sincère, ou par crainte d'être découvert. Ceux qui s'opposent à ce moyen de défense soutiennent qu'il est plus conforme à l'intérêt de la justice de voir dans le désistement volontaire une excuse atténuante dans l'application de la peine.

Tout compte fait, le Groupe de travail penche pour cette dernière solution.

#### 5. Impossibilité

En 1985, la Commission de réforme du droit a conclu<sup>206</sup> qu'il y avait en réalité deux catégories d'impossibilité de fait et deux catégories d'impossibilité de droit :

- a. **impossibilité de fait découlant d'une circonstance inconnue** – l'accusé tire sur une personne sans savoir que l'arme ne fonctionne pas et il n'y a donc pas de coup de feu. Il devrait être déclaré coupable de tentative de meurtre parce que les circonstances eussent-elles été telles qu'il les imaginait (c'est-à-dire que l'arme fonctionnait), il y aurait eu meurtre. La tentative de voler de l'argent d'une poche vide en est un autre exemple.

---

<sup>206</sup> La responsabilité secondaire, *supra*, note 191, pages 32-33.



- b. impossibilité de fait absolue** – essayer de tuer quelqu'un par le vaudou est relativement inoffensif : bien que la tentative n'en soit pas moins répréhensible que la tentative par recours à des méthodes plus efficaces, elle ne devrait pas constituer une infraction puisque qu'il est «absolument impossible» de consommer un tel crime.
- c. impossibilité de droit découlant des circonstances** – la personne qui essaie de voler son propre parapluie qu'elle prend pour celui d'un autre, ne devrait pas être déclarée coupable d'une infraction. À l'opposé du cas du pickpocket qui a mis la main dans une poche vide, l'infraction consommée qu'est le fait de «voler» son propre parapluie ne peut pas être un crime.
- d. impossibilité de droit revêtant un caractère essentiel** – c'est le cas de la personne qui tente de commettre l'adultère, pensant qu'il s'agit là d'un crime. Tenter de faire quelque chose qui, juridiquement parlant, n'est pas un crime ne peut pas constituer en soi un crime.

Deux ans plus tard, la Commission de réforme du droit est revenue sur sa position précédente, en concluant dans son Rapport 31 qu'une disposition spéciale en la matière était inutile<sup>207</sup>.

Le Groupe de travail estime que les quatre catégories relevées par la Commission recouvrent toutes les éventualités, et qu'il y a responsabilité pénale dans les trois premières, non dans la quatrième. Il y a lieu d'inclure une disposition prévoyant que «Le présent article ne s'applique pas au cas où l'accusé tente de commettre ce qui ne constitue pas une infraction au regard de la loi», pour autant qu'elle spécifie qu'elle n'exonère pas celui qui tente de commettre un crime qu'en raison des circonstances, il lui est impossible de commettre au regard de la loi (catégorie c).

---

<sup>207</sup> *Supra*, note 6, page 31.

## 6. Sanction

Le Groupe de travail ne partage pas la recommandation de la Commission de réforme du droit que la personne coupable d'avoir tenté de commettre un crime soit «passible de la moitié de la peine prévue pour ce crime».

La question de la peine applicable à la tentative ne devra être examinée que dans le contexte des dispositions pénales du nouveau *Code criminel*. Cela dit, le Groupe de travail estime que la règle de la «moitié de la peine» est trop inflexible : il faut que les tribunaux s'attachent à la culpabilité morale de l'accusé tout en prenant en considération les conséquences de l'infraction. Il faut que les juges jouissent d'une grande souplesse dans l'application de la peine conséquente, et ne devraient pas être liés par des peines maximum ou minimum prescrites par la loi.

## 7. Participation à la tentative

De l'avis du Groupe de travail, doit être tenu pénalement responsable celui qui aide ou encourage un autre à commettre une infraction, même si celle-ci n'est pas consommée.

## PARTIE VI : LES PARTIES À L'INFRACTION

### XIX. COMLOT

#### A. Recommandation du Groupe de travail

Le Groupe de travail recommande l'inclusion de la disposition suivante dans le nouveau *Code criminel* :

#### Complot

23. (1) Est coupable de complot quiconque s'entend avec une autre personne, que les deux soient mariés l'un à l'autre ou non, pour commettre une infraction prévue au *Code criminel*, laquelle infraction est un acte criminel ou peut être poursuivie par voie de mise en accusation.
- (2) N'est coupable de complot que la personne qui a l'intention de commettre l'infraction visée au paragraphe (1).
- (3) N'est pas coupable de complot la personne qui se désiste du complot visant à commettre l'infraction visée au paragraphe (1), avant que cette infraction n'ait été tentée ou commise.
- (4) Pour décider si une personne s'est désistée du complot, le tribunal compétent examinera toutes les circonstances de l'affaire, y compris la question de savoir si cette personne a communiqué son désistement soit aux autres conspirateurs soit aux autorités soit aux deux à la fois.
- (5) Quiconque complot pour commettre l'infraction visée au paragraphe (1) en est tenu pénalement responsable, même si, eu égard

aux circonstances, il lui est impossible de la commettre dans les faits ou au regard de la loi.

(6) Sous réserve de l'immunité diplomatique et de toute autre immunité prévue par la loi, sont soumis à l'application du présent *Code* et à la juridiction des tribunaux canadiens :

- a) l'acte commis à l'étranger et qui constitue un complot pour commettre une infraction au Canada, si cet acte a eu lieu en haute mer ou dans un État dans lequel l'infraction en question fait aussi l'objet d'une incrimination,
- b) l'acte commis au Canada et qui constitue un complot pour commettre une infraction à l'étranger, si l'infraction en question fait l'objet d'une incrimination au Canada et dans le pays où elle doit être commise.

## B. L'état actuel du droit

### 1. Dispositions législatives

L'incrimination générale du complot se trouve à l'article 465 du *Code criminel* actuel, qui comprend en outre trois dispositions spéciales en la matière :

- les alinéas 46(2)c) et e) et le paragraphe 46(4) : conspiration pour commettre la trahison;
- paragraphe 59(3) : conspiration séditionnaire;
- paragraphe 466(1) : complot de restreindre le commerce.

Enfin, d'autres lois fédérales comme la *Loi sur la concurrence*, la *Loi sur le divorce* et la *Loi sur la défense nationale* comportent aussi des dispositions incriminant le complot.

En 1955, le paragraphe 408(2) fut ajouté au *Code criminel* pour incriminer le complot visant «à réaliser une fin illicite ou à réaliser une fin licite par des moyens illicites». Les tribunaux



ont immédiatement autorisé le recours à cette disposition pour préserver les complots connus en *common law* en dehors des complots criminels. Cependant, par l'arrêt *Gralewicz c. La Reine*<sup>208</sup>, la Cour suprême du Canada a, selon Stuart<sup>209</sup>, « finalement et catégoriquement fermé la porte à tous les complots autres que les complots visant à commettre les infractions prévues par la loi ».

## 2. Justification de l'incrimination du complot

Ewaschuk a expliqué comme suit la justification de l'incrimination du complot qui n'a pas dépassé le stade de la simple préparation :

On présume qu'une union de personnes agissant de concert présente un plus grand danger pour la société que ne le fait un individu agissant seul. C'est ainsi que les actes manifestes accomplis par entente de deux ou plusieurs personnes sont incriminés alors les mêmes actes manifestes, s'ils sont le fait d'un individu agissant seul, ne le sont pas, à moins qu'ils ne consistent à aider, à conseiller ou à inciter à une infraction qui est subséquemment commise.<sup>210</sup>

## 3. Éléments constitutifs du complot

### a. Entente pour réaliser un dessein commun ou un objectif déterminé

#### i. L'entente est l'*actus reus* du complot

Dans *Papalia c. R; R. c. Cotroni*, le juge Dickson a conclu que : « l'*actus reus* [du complot] est le fait de l'entente »<sup>211</sup>.

---

<sup>208</sup> [1980] 2 RCS 493.

<sup>209</sup> *Supra*, note 2, en page 566.

<sup>210</sup> E. Ewaschuk, *Criminal Pleadings and Practice in Canada*, 2<sup>e</sup> édition, (Aurora : Canada Law Book, 1987), page 19-2.

<sup>211</sup> [1979] 2 RCS 256, page 276.

## ii. Réalisation d'un dessein commun

Dans la même décision, le juge Dickson a ajouté que l'entente implique un consensus ou une identité de vues chez les conspirateurs pour réaliser un dessein illicite commun.

## iii. Entente tacite

Alors que l'acquiescement passif à un projet criminel, ou le simple fait d'être au courant de ce projet ou d'en discuter, ne suffit pas à justifier un chef d'accusation de complot<sup>212</sup>,

il suffit de l'entente conclue pour accomplir un seul acte en exécution d'un complot général pour qu'il y ait complot criminel, dans la mesure où le conspirateur connaît la teneur du complot et entend y souscrire.<sup>213</sup>

L'entente peut être prouvée par déduction des agissements des parties<sup>214</sup>, par exemple dans le cas où le comportement d'une personne trahit l'acceptation tacite de l'offre<sup>215</sup>.

## iv. Entente continue

Le complot peut consister en ententes conclues pour commettre de façon continue un certain nombre de différentes infractions<sup>216</sup>.

---

<sup>212</sup> *R. v. McNamara (No. 1)* (1981) 56 CCC (2d) (C.A.Ont.).

<sup>213</sup> *Supra*, note 210, page 19-8.

<sup>214</sup> *Paradis v. The King* [1934] RCS 165 (CSC).

<sup>215</sup> *Atlantic Sugar Refineries Company c. Procureur général du Canada* [1980] 2 RCS 644 (CSC), pages 655-656.

<sup>216</sup> *R. v. Bengert et al (No. 5)* (1980) 53 CCC (2d) 481 (C.A.C.-B.).

#### v. Entente contractuelle

Le débat se poursuit encore sur la question de savoir si une promesse d'achat ou de vente d'un service ou d'un bien illicite justifie un chef d'accusation de complot. Par exemple, si A accepte de vendre un stupéfiant à B, ont-ils «comploté» d'en faire le trafic, au sens de s'entendre pour «réaliser un dessein commun»? Colvin ne le pense pas :

Ce qui échappe aux règles applicables au complot, c'est l'accord commercial dans le cadre duquel le prix est le facteur dominant de la vente. Il s'ensuit qu'un tueur à gages ne comploté pas nécessairement avec les personnes qui retiennent ses services.<sup>217</sup>

Cependant, dans *Sokoloski c. La Reine*<sup>218</sup>, la Cour suprême du Canada a conclu au complot de trafic de drogue contrôlée, au sujet du vendeur arrêté alors qu'il avait toujours en sa possession la drogue qu'il avait l'intention de vendre. Le complot tenait au fait que le vendeur savait que l'acheteur avait l'intention de revendre la drogue, ce qui trahissait un dessein commun. Par motifs dissidents, le juge en chef Laskin estime que pareille conclusion reviendrait à fausser la nature du complot<sup>219</sup>, et les décisions subséquentes en ont restreint l'application<sup>220</sup>.

---

<sup>217</sup> *Supra*, note 101, page 348.

<sup>218</sup> (1977) 33 CCC (2d) 496.

<sup>219</sup> *Ibid.*, page 498.

<sup>220</sup> *Sheppe c. La Reine* [1980] 2 RCS 22, et *R. v. Kelly* (1984) 41 CR (3d) 56 (C.A.Sask.). Voir cependant *Genser v. The Queen* (1986) 27 CCC (3d) 264 (C.A.Man.).

**b. L'intention d'exécuter l'entente – la *mens rea*****i. Intention ou dessein**

Dans *R. v. O'Brien*, la Cour suprême du Canada a scindé l'élément moral du complot en deux : l'intention de s'entendre sur le dessein commun et l'intention de réaliser ce dessein :

Il est évidemment essentiel que les comploteurs aient l'intention de s'entendre, et que cette entente soit consommée. Il faut qu'il y ait aussi le dessein commun de commettre un acte illicite. ... Bien qu'il ne soit pas nécessaire qu'il y ait un acte manifeste d'exécution du complot pour consommer le crime, je ne doute pas qu'il doive y avoir l'intention de mettre à exécution le dessein commun. Un dessein commun signifie nécessairement une intention. L'un et l'autre sont synonymes. L'intention ne peut être autre chose que la volonté de réaliser l'objet de l'entente.<sup>221</sup>

**ii. Infractions de témérité, de négligence et de responsabilité stricte**

Il n'existe aucune décision judiciaire canadienne sur la question de savoir si la preuve de l'intention est nécessaire pour conclure au complot visant à commettre une infraction de responsabilité absolue ou stricte, ou encore une infraction de négligence. En Angleterre, la Chambre des lords, par l'arrêt *Churchill v. Walton*<sup>222</sup>, a insisté à l'unanimité sur la nécessité de la preuve de la *mens rea* en matière de complot visant à commettre une infraction de responsabilité absolue.

**c. Connaissance de la teneur du complot**

Il n'est pas nécessaire qu'un comploteur connaisse l'identité des autres parties au dessein commun ou les détails précis de l'entente, mais il faut qu'il soit au courant de tous les éléments essentiels nécessaires à la mise à exécution éventuelle du projet commun<sup>223</sup>.

---

<sup>221</sup> [1954] RCS 666, page 668.

<sup>222</sup> [1967] 1 All ER 497.

<sup>223</sup> *R. c. McNamara*, *supra*, note 212.



#### d. Entente entre plusieurs personnes

Bien qu'un complot soit au premier chef une entente entre deux personnes ou davantage, il a été jugé que l'article 465 prévoit la responsabilité de l'agent pris individuellement. Une seule personne peut être déclarée coupable de complot avec d'autres et, les preuves produites contre un conspirateur n'étant peut-être pas admissibles contre un autre, il est possible que A puisse être déclaré coupable de complot avec B, bien que B soit acquitté du chef d'accusation de complot avec A<sup>224</sup>.

Bien que le *Code criminel* ne comporte aucune disposition expresse en la matière, il a été jugé qu'il ne saurait y avoir complot entre deux époux puisque, par fiction juridique, ils sont considérés comme formant une seule entité et «sont présumés n'avoir qu'une seule volonté». Cependant, il est possible qu'un homme et son épouse (formant une seule entité) complotent avec d'autres<sup>225</sup>.

Selon Ewaschuk<sup>226</sup>, les enfants de moins de 12 ans, les aliénés et les personnes jouissant de l'immunité diplomatique (sauf levée consentie par leur propre pays) sont réputés être incapables de comploter. De même, la personne définie comme étant la victime d'un crime est réputée ne pas avoir comploté de commettre ce crime.

#### e. Dessein illicite

Les alinéas 465(1)c) et d) visent le complot de commettre soit un acte criminel soit une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. La loi ne dit pas si cette dernière catégorie se limite aux infractions punissables en application du *Code criminel* ou d'autres lois fédérales, ou si elle embrasse aussi les infractions provinciales ou mêmes municipales.

---

<sup>224</sup> *Guimond c. La Reine* (1979) 8 CR (3d) 185 (CSC).

<sup>225</sup> *Kowbel v. The Queen* [1954] RCS 498 (CSC).

<sup>226</sup> *Supra*, note 209, page 19-15.

#### 4. Confusion du complot et de l'infraction principale

À la différence de la tentative qui est une infraction non parfaite et se confond avec l'infraction proprement dite une fois celle-ci commise, un accusé peut dans certains cas être déclaré coupable à la fois du complot et de l'infraction consommée. Par exemple, dans *Sheppe c. La Reine*<sup>227</sup>, l'accusé a été déclaré coupable de trafic et de complot de trafic. Il n'a pu soulever l'exception de l'autorité de la chose jugée puisque le complot avait un effet plus étendu que l'infraction qui en faisait l'objet.

#### 5. Tentative

Dans *Dungey v. The Queen*<sup>228</sup>, il a été jugé qu'on ne saurait parler de tentative de complot de commettre une infraction. Le juge Dubin a conclu qu'il n'était ni nécessaire ni souhaitable d'étendre la règle applicable de cette façon, parce qu'en toute probabilité, un «conspirateur en puissance» de ce genre serait convaincu d'incitation à l'infraction principale. Par ailleurs, si l'incrimination du complot vise à prévenir la commission de l'infraction principale, il ne sert à rien de punir un acte qui n'a même pas les attributs du complot.

#### 6. Désistement volontaire

Dans *R. v. O'Brien*, la Cour suprême du Canada a rejeté le moyen de défense de désistement volontaire dans une affaire de complot :

Si une personne s'entend avec une ou plusieurs autres pour commettre un acte illicite et, après avoir l'intention de commettre cet acte, refuse par la suite de mettre le plan à exécution, elle n'en est pas moins coupable puisqu'on peut

---

<sup>227</sup> *Supra*, note 219.

<sup>228</sup> (1980) 51 CCC (2d) 86 (C.A. Ont.).

trouver dans son comportement tous les éléments du complot.<sup>229</sup>

## 7. Impossibilité

Si le paragraphe 24(1) exclut le moyen de défense d'impossibilité pour l'infraction non parfaite qu'est la tentative, le *Code criminel* ne prévoit aucune exclusion de ce genre pour le complot. Bien que la question n'ait été pleinement débattue dans aucune cause canadienne, la Cour d'appel de l'Ontario a accepté une forme limitée de ce moyen de défense dans *R. v. Chow Sik Wah and Quon Hong* :

En cas de poursuite pour complot, un verdict de culpabilité est impossible dans le cas où l'acte pour la commission duquel l'accusé aurait comploté n'aurait pas, à supposer qu'il ait été consommé, rendu l'accusé coupable de l'infraction principale.<sup>230</sup>

## 8. Compétence territoriale

Le paragraphe 465(3) prévoit expressément que tout complot, fomenté au Canada, de commettre une infraction à l'étranger constitue une infraction au Canada. Selon l'arrêt *Bolduc c. Procureur général du Québec*<sup>231</sup>, il est nécessaire que l'acte illicite de complot soit une infraction à la fois dans le pays étranger en cause et au Canada.

Le paragraphe 465(4) codifie la règle de *common law*, en incriminant expressément tout complot fomenté dans un pays étranger pour commettre une infraction au Canada.

---

<sup>229</sup> *Supra*, note 220, page 669.

<sup>230</sup> [1964] 1 CCC 313, page 315.

<sup>231</sup> [1982] 1 RCS 573.

## C. Recommandations de réforme

### 1. Maintien de l'incrimination du complot

D'aucuns soutiennent qu'il faut abolir l'incrimination du complot, puisque la plupart des agissements criminels sont couverts par les dispositions relatives aux infractions et tentatives principales, et que l'incrimination supplémentaire du complot est inutile.

Ceux qui préconisent le maintien de cette incrimination soutiennent qu'elle prend en considération le danger accru du fait que plusieurs personnes s'entendent pour commettre une infraction, qu'elle permet de conclure à la culpabilité de ceux dont on ne peut pas prouver qu'ils ont accompli un acte manifeste quelconque, et qu'elle constitue un instrument particulièrement utile pour combattre l'association de malfaiteurs, surtout à l'étranger.

Tout compte fait, le Groupe de travail souscrit à cette dernière école de pensée et préconise le maintien de l'incrimination du complot. Cela dit, il estime que la nécessité d'une réforme est urgente :

- pour prévenir les abus dans les poursuites pour complot,
- pour résoudre les problèmes de preuve dans le jugement des personnes poursuivies à la fois pour le complot et pour une infraction principale.

### 2. Le fait matériel

Le Groupe de travail convient avec la Commission de réforme du droit que la formulation du nouveau *Code criminel* doit être centrée sur l'«entente» et éviter les termes comme «dessein commun», «objectif commun» ou «poursuite commune d'un objectif commun» qu'on retrouve dans la jurisprudence susmentionnée.

Une définition du complot qui englobe toutes ces catégories aurait pour effet d'étendre l'incrimination à tous les actes accomplis pour donner suite à l'entente, et pareille extension n'est pas justifiée.



### 3. Actes criminels visés par le *Code criminel*

Le Groupe de travail estime que l'incrimination du complot au *Code criminel* devrait être limitée aux ententes conclues pour commettre les infractions punies par le *Code*, et seulement aux actes criminels et aux infractions qui peuvent être, au choix du ministère public, poursuivies par voie de mise en accusation.

Il est convaincu qu'il ne faut pas, dans le domaine du complot, criminaliser les ententes conclues pour commettre des infractions fédérales moins graves, et encore moins les infractions provinciales ou municipales. De même, si le législateur tient à incriminer le complot visant à commettre une infraction punie par une autre loi fédérale, telle la *Loi sur les stupéfiants* ou la *Loi sur la concurrence*, c'est la loi en question qu'il faut modifier en conséquence, et non le *Code criminel*.

### 4. L'élément moral

Le Groupe de travail est d'avis que l'élément moral constitutif du complot doit être l'*intention* de s'entendre avec autrui. Vu sa recommandation antérieure que le fait que le *Code criminel* passe sous silence l'élément moral signifie que la preuve de l'intention est requise, il est inutile de mentionner l'élément moral.

Le Groupe de travail souscrit à la double condition de l'intention coupable telle que la définit l'arrêt *O'Brien*, savoir l'intention de s'entendre avec autrui et l'intention de donner suite au projet commun. Il faut prévoir expressément ce dernier élément dans le nouveau *Code criminel*.

### 5. Tentative

Le Groupe de travail s'oppose à ce que le nouveau *Code criminel* incrimine la tentative de complot. Il préconise la règle actuelle de *common law*, telle que la définit l'arrêt *R. c. Dungey* de la Cour suprême du Canada.

## 6. Désistement volontaire

Le Groupe de travail est d'avis qu'il faut prévoir dans le nouveau *Code criminel* l'exonération du conspirateur qui se désiste du complot avant que l'infraction projetée ne soit commise ou tentée.

À son avis, l'incrimination du complot a pour objectif premier d'aider les autorités à détecter dès le premier stade et, de ce fait, à prévenir l'infraction projetée, et il faut que la loi encourage les conspirateurs à se désister le plus tôt possible. À cet égard, il y a une différence qualitative entre le complot et la tentative : dans ce dernier cas, l'accusé a déjà pris des mesures concrètes pour commettre l'infraction, alors qu'il n'y a encore dans le premier cas qu'une entente.

L'exonération en cas de désistement volontaire du complot met davantage l'accent sur la résiliation de l'entente dès les premiers stades que sur la punition systématique de l'entente conclue pour commettre un crime.

## 7. Confusion du complot et de l'infraction principale

Les avis sont fort partagés au sein du Groupe de travail sur la question de savoir si l'accusé doit être tenu responsable à la fois du complot visant à commettre une infraction et de la commission de cette infraction elle-même.

Tout compte fait, le Groupe de travail rejette la recommandation de la Commission de réforme du droit tendant à la confusion des deux, et préconise la règle actuellement en vigueur telle qu'elle a été exposée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Sheppe*, savoir que l'accusé peut être déclaré coupable de l'un et de l'autre, du moins dans les cas où le complot a un effet plus étendu que l'infraction principale.

## 8. Infraction impossible

La recommandation du Groupe de travail à ce sujet va dans le même sens que sa proposition concernant la tentative, savoir que le complot est punissable peu importe qu'en égard aux circonstances, il soit impossible de commettre l'infraction principale, dans les faits ou au regard de la loi.

Comme noté dans la section consacrée à la tentative, il faut envisager l'inclusion d'une disposition prévoyant que «Le présent article ne s'applique pas au cas de la personne qui complot de faire quelque chose qui n'est pas incriminé par la loi», à condition qu'elle spécifie que ne sont pas exonérés ceux qui complotent de commettre un crime dans le cas où il est «juridiquement impossible dans les circonstances» de commettre ce crime.

### **9. Sanction**

Le Groupe de travail ne partage pas la recommandation de la Commission de réforme du droit que la personne coupable d'avoir comploté de commettre une infraction encoure la moitié de la peine prévue pour cette infraction (paragraphe 4(5)).

Pour les raisons exposées dans la section consacrée à la tentative, il faut examiner la question des sanctions lors de la formulation des dispositions pénales du nouveau *Code criminel*. À ce moment-là, il faudra prendre en considération la position établie de l'Association du Barreau canadien pour ce qui est de l'application de la peine.

### **10. Immunité des époux**

Le Groupe de travail est d'avis qu'il faut abolir, dans le nouveau *Code criminel*, la règle de l'«immunité des époux» en matière de complot, qui est un anachronisme.

### **11. Extra-territorialité**

Le Groupe de travail recommande l'adoption de la proposition de la Commission de réforme du droit, au sujet des règles de compétence territoriale en matière de complot.

## XX. LES PARTIES À L'INFRACTION

### A. Recommandation du Groupe de travail

Le Groupe de travail recommande l'inclusion de la disposition suivante dans le nouveau *Code criminel* :

#### Parties à l'infraction

24. Est partie à une infraction et en est coupable la personne :

- a) qui commet cette infraction,
- b) qui fait ou omet de faire quelque chose, sachant que son action ou omission aidera quelqu'un d'autre à la commettre,
- c) fait ou omet de faire quelque chose dans l'intention d'encourager quelqu'un d'autre à la commettre.

### B. L'état actuel du droit

#### 1. Historique

Les règles de droit concernant les parties à l'infraction ont été codifiées pour la première fois en 1275; elles représentaient un corps de *common law* bien établi. Les règles essentielles composant le droit en la matière, tel qu'il était codifié à l'époque, sont demeurées essentiellement inchangées jusqu'à nos jours. On peut les résumer comme suit :

- i. seule la personne qui a effectivement commis le crime est considérée comme l'auteur de ce crime;
- ii. les autres participants, qu'ils soient présents ou non, sont considérés comme complices;



- iii. les autres participants sont coupables du même crime que l'auteur et sont passibles de la même peine.

Progressivement, des distinctions plus subtiles entre auteur et complice ont été élaborées qui correspondaient aux divers modes de participation au crime. C'est ainsi que les règles de droit en sont venues à distinguer entre «auteur du premier degré», «auteur du second degré», «complice avant le fait» et «complice après le fait».

Ces distinctions de la *common law* ont été abolies en 1892, dans le premier *Code criminel* du Canada. Les articles 61 à 63 portaient sur les «parties à une infraction», qui englobaient toutes les catégories antérieures sauf les «complices après le fait».

Cette approche est essentiellement retenue dans les articles 21 à 23 du *Code criminel* actuel.

## 2. Responsabilité secondaire

La «partie secondaire» est la personne qui, par encouragement, aide ou incitation, a contribué à l'infraction commise par une autre personne qui en est l'auteur. Les parties secondaires sont coupables du même crime que l'auteur et sont passibles de la même peine.

En principe, le complice après le fait (article 23) n'est pas une partie secondaire parce qu'il aide l'auteur principal à se soustraire à la loi, non pas à commettre l'infraction. De même, quelqu'un qui conseille à un autre de commettre une infraction, laquelle n'est pas commise dans les faits (article 464), n'est pas une partie secondaire, puisqu'il n'y a aucun acte auquel le conseiller puisse être déclaré partie. Cependant, l'un et l'autre ont toujours été traités comme parties, parce que leur cas est régi par les mêmes principes et représente un complément des règles applicables à la participation secondaire au crime.

La responsabilité secondaire est une responsabilité dérivée, en ce sens qu'elle découle de l'*actus reus* de l'auteur principal. Cependant celui-ci et son complice sont responsables chacun de son côté, et une partie secondaire peut être déclarée coupable, même si l'auteur de l'infraction est mort, s'est échappé, a été déclaré coupable d'une chef moins grave, ou même a été acquitté en raison d'un moyen de défense comme

la contrainte, lequel n'est pas à la disposition à la partie secondaire.

### 3. Les dispositions relatives aux parties

Le paragraphe 21(1) porte :

21.(1) Participant à une infraction :

- a) quiconque la commet réellement;
- b) quiconque accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre;
- c) quiconque encourage quelqu'un à la commettre.

#### a. L'auteur principal

La personne qui commet effectivement ou contribue à la commission de l'acte matériel de l'infraction, avec l'intention coupable requise, est communément appelée «auteur» de l'infraction. L'auteur commet effectivement l'infraction quand il accomplit l'acte physique en vue de la commission de l'infraction, ou omet d'accomplir un acte auquel il est tenu par la loi, ou se sert d'un agent innocent pour commettre l'infraction.

Alors que normalement il faut commettre un acte positif pour devenir l'auteur de l'infraction, la simple présence dans certains cas peut satisfaire à cette condition, comme dans le cas de la personne qui entrave l'utilisation licite d'un bien en participant à une barricade humaine<sup>232</sup>.

---

<sup>232</sup> *R. v. Mammolita et al* (1983) 9 CCC (3d) 85 (C.A.Ont.).

### b. Aide et encouragement

Pour Mewett et Manning<sup>233</sup>, «aide» signifie le fait d'aider sans nécessairement encourager ou pousser l'auteur à l'infraction.

Par contre, «encouragement» dénote l'encouragement, l'incitation à la commission d'un crime, sa promotion, et est considéré comme synonyme de conseil dans ce contexte.

Il est important de distinguer aide et encouragement, parce que chaque acte est caractérisé par son propre *actus reus* et sa propre *mens rea*, et fait l'objet de moyens de défense qui ne s'appliquent pas à l'autre.

Bien que la responsabilité pénale prévue à l'article 21 pour l'aide et l'encouragement découle de l'*actus reus* de l'auteur principal, le fait matériel constitutif de l'un et de l'autre tient à l'attitude propre de la partie secondaire. L'alinéa 21(1)b) ne requiert pas que l'acte du complice aide directement l'auteur principal, mais qu'il soit accompli dans ce but.

Il est significatif que sous le régime de l'article 21, on peut aider par action ou par omission, alors qu'on ne peut encourager que par action. Certains ont soutenu que le mot «omet» figurant à l'alinéa 21(1)b) :

ne vise que le cas où l'omission fait partie d'un dessein criminel plus vaste impliquant l'action de plusieurs personnes. Supposons qu'un chauffeur ait reçu l'ordre de venir chercher un gangster à la porte d'un restaurant mais ne s'y montre pas, laissant le gangster exposé à l'attentat qui ne se serait pas produit autrement. Voilà un cas où l'omission constitue une contribution positive à l'attentat.<sup>234</sup>

La règle générale est qu'il faut quelque chose de plus que la simple présence ou l'acquiescement passif pour constituer l'acte matériel de l'aide comme de l'encouragement. Dans l'arrêt *Dunlop et Sylvester c. La Reine* de la Cour suprême du

---

<sup>233</sup> A. Mewett et M. Manning, *Criminal Law*, 2<sup>e</sup> édition (Toronto : Butterworths, 1985), page 46.

<sup>234</sup> Stuart, *supra*, note 2, page 504.

Canada qui fait jurisprudence en la matière, le juge Dickson, prononçant l'opinion majoritaire, a tiré cette conclusion :

La simple présence sur les lieux d'un crime n'est pas suffisante pour conclure à la culpabilité. Il faut faire quelque chose de plus : encourager l'auteur initial; faciliter la perpétration de l'infraction, comme monter la garde ou attirer la victime, ou accomplir un acte qui tend à faire disparaître les obstacles à la perpétration de l'acte criminel, comme par exemple empêcher la victime de s'échapper ou encore se tenir prêt à aider l'auteur principal.<sup>235</sup>

Dans les cas où la partie secondaire est tenue à l'obligation légale d'agir, une omission (ou l'acquiescement passif) de sa part peut être considérée comme aide et encouragement, en ce qu'elle a facilité la perpétration de l'infraction. Par exemple, dans *R. v. Nixon*<sup>236</sup>, un agent de police a manqué à son devoir qui était de prévenir des voies de fait contre un détenu et a été déclaré coupable d'avoir aidé et encouragé l'agression. On peut conclure que le défaut d'agir visait à aider la commission de l'infraction.

Au Canada (à la différence du Royaume-Uni), celui qui aide ou encourage n'a pas à être présent, physiquement ou indirectement, sur les lieux du crime pour être considéré comme partie à ce dernier.

Une autre différence notable entre l'aide et l'encouragement tient à ce qu'aux termes de l'alinéa 21(1)b), celui qui aide doit accomplir ou omettre d'accomplir quelque chose «en vue d'aider quelqu'un», alors que l'alinéa 21(1)c) ne prévoit aucune condition d'intention ultérieure. Colvin en conclut que dans le cadre de l'alinéa 21(1)b) :

... il ne suffit pas que [l'acte ou l'omission] ait été accompli «dans l'intention d'aider», il ne suffit donc pas que l'agent sache que son acte ou omission aurait pour effet d'aider. Il faut que le but d'aider ait été la *raison* pour laquelle l'agent faisait ce qu'il a fait.<sup>237</sup>

---

<sup>235</sup> (1979) 47 CCC (2d) 93, page 106.

<sup>236</sup> (1990) 57 CCC (3d) 97 (C.A.C.-B.).

<sup>237</sup> *Supra*, note 101, page 373.



Il note que les règles normales d'interprétation des lois porteraient à conclure que selon l'alinéa 21(1)c), il suffirait d'avoir l'intention d'encourager ou d'être indifférent aux conséquences de l'encouragement. Cependant, il cite plusieurs magistères à l'appui de la thèse voulant que la preuve de l'intention soit nécessaire, et fait observer :

En effet, les principes traditionnels de responsabilité secondaire l'ont emporté en cette matière sur les principes ordinaires d'interprétation des lois.<sup>238</sup>

Les tribunaux ont produit un résultat anormal en appliquant les dispositions sur l'aide et sur l'encouragement à l'homicide involontaire coupable. Malgré leur insistance sur l'importance de l'intention coupable lorsqu'il s'agit d'aide et d'encouragement, il est bien établi que l'aide ou l'encouragement à des voies de fait qui entraînent la mort constitue l'aide ou l'encouragement à l'homicide involontaire coupable. Il en est ainsi bien que la mort ne soit pas le résultat projeté<sup>239</sup>.

### c. Parties à une intention commune

Le paragraphe 21(2) porte :

Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, participe à cette infraction.

Cette règle ne s'applique qu'au cas où l'une des parties a excédé le projet commun en commettant un «crime accessoire».

L'*actus reus* visé au paragraphe 21(2) consiste en premier lieu, dans la formation de l'intention illicite commune et, en second lieu, dans la commission d'une infraction subséquente lors de la mise à exécution de l'intention illicite commune.

---

<sup>238</sup> *Ibid.*, page 374.

<sup>239</sup> *Clutte c. La Reine* [1985] RCS 216, pages 229-230.

Une personne peut être incriminée en application du paragraphe 21(2) pour toute infraction supplémentaire commise durant l'infraction projetée, et il n'est pas nécessaire que l'infraction accessoire ait fait l'objet d'un plan préalable ou que son auteur ait suivi exactement ce plan, pourvu qu'elle ait été commise dans le contexte de la fin commune.

La *mens rea* de l'infraction visée par cette disposition comprend les deux éléments suivants :

- i. projet formé ensemble de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider,
- ii. conscience que la poursuite de la fin commune aurait pour conséquence probable la commission de l'infraction accessoire.

Dans *R. v. Logan*<sup>240</sup>, la Cour suprême du Canada a invalidé la prescription «devait savoir» du paragraphe 21(2) en concluant qu'elle sous-entendait un critère objectif de responsabilité pénale, ce qui allait à l'encontre de l'article 7 de la *Charte*.

#### **4. Conseils tendant à une infraction**

##### **a. Conseils tendant à une infraction qui est commise**

L'article 22 incrimine la personne qui conseille à quelqu'un d'autre de participer à une infraction. Si celui-ci participe subséquemment à cette infraction ou à une autre infraction dont cette personne savait qu'elle serait la conséquence probable du conseil, elle participe elle-même à cette infraction, même si celle-ci est commise d'une manière différente de celle qui a été conseillée.

Conseiller s'entend également d'amener et d'inciter. Il y a manifestement double emploi avec l'alinéa 21(1)c), puisque les

---

<sup>240</sup> (1990) 58 CCC (3d) 391.

deux dispositions portent l'une et l'autre sur l'encouragement. Il est généralement entendu que l'encouragement donné avant l'infraction tombe sous le coup du paragraphe 22(1) à titre de conseil, alors que l'encouragement donné au cours de l'infraction tombe sous le coup de l'alinéa 21(1)c) à titre d'encouragement proprement dit.

La *mens rea* dont il faut faire la preuve pour établir le conseil tendant à l'infraction, que vise le paragraphe 22(1), est tout simplement l'intention de conseiller l'infraction. Cependant, les tribunaux sont divisés à ce sujet et il a été jugé qu'il suffit de prouver la témérité<sup>241</sup>. La *mens rea* relative aux infractions subséquentes visées au paragraphe 22(2) peut être établie par la preuve de l'intention proprement dite, de la témérité ou de la négligence objective.

#### **b. Conseils tendant à une infraction qui n'est pas commise**

L'article 464 incrimine la personne qui conseille à quelqu'un d'autre de commettre un acte criminel, lequel n'est subséquentement pas commis.

La personne qui donne un conseil de ce genre encourt une peine moins sévère (la même que pour la tentative) puisque, aucun crime n'ayant été commis par un auteur principal, le conseiller n'est pas considéré comme une partie secondaire.

### **5. Complice après le fait**

L'article 23 incrimine celui qui, «sachant qu'une personne a participé à l'infraction, la reçoit, l'aide ou l'assiste en vue de lui permettre de s'échapper».

### **6. Désistement volontaire**

Il est possible à quiconque est poursuivi en application du paragraphe 21(1) ou 21(2) de faire valoir le désistement

---

<sup>241</sup> R. c. Kyling [1970] RCS 953.

volontaire en défense<sup>242</sup>. Dans *R. v. Whitehouse*, il a été jugé qu'un changement (moral) dans l'intention et un changement (matériel) de lieu ne suffisent pas pour servir de moyen de défense pour exonérer l'accusé de la responsabilité tenant à une infraction subséquente visée au paragraphe 21(2) :

Il faut qu'il y ait communication suffisamment à l'avance de l'intention de se désister de la fin commune, de la part de ceux qui souhaitent se dissocier du crime projeté à ceux qui entendent y donner suite. Le sens de «communication suffisamment à l'avance» dépend des faits de la cause dans chaque cas d'espèce.<sup>243</sup>

### C. Recommandations de réforme

Le Groupe de travail recommande de retenir la structure actuelle de l'article 21, au lieu d'introduire un nouveau concept – le fait de favoriser la commission d'un crime – que propose la Commission de réforme du droit. Cela dit, plusieurs réformes s'imposent.

#### 1. Aide

Il faut spécifier que chez la personne qui aide quelqu'un d'autre à commettre une infraction, l'intention coupable consiste à faire quelque chose «sachant que cela aidera», et non pas à faire quelque chose «en vue d'aider».

De l'avis du Groupe de travail, d'exiger la preuve du dessein, qui s'apparente au désir, revient à imposer un critère trop rigoureux. Le fait de «savoir» devrait suffire à établir la responsabilité pénale; telle que l'entend le Groupe de travail pour la définition des éléments moraux de l'infraction, la connaissance doit être établie par la preuve que l'accusé était pratiquement certain que la circonstance existe ou se produira.

---

<sup>242</sup> *R. c. Kirkness* (1990) 60 CCC (3d) 97 (CSC).

<sup>243</sup> (1941) 15 CCC 65 (C.A.C.-B.).



## **2. Encouragement**

Le Groupe de travail recommande que le concept d'«*abetting*» (qui se traduit par «encouragement» dans tous les textes français) soit remplacé par le concept plus large d'«*encouraging*», et que la disposition y relative aille dans le même sens que l'alinéa 21(1)b) en s'appliquant à la fois aux actes et aux omissions.

«*Encouraging*» serait bien plus facile à comprendre pour le public que «*abetting*». Par ailleurs, pour que la disposition en la matière soit compatible avec l'alinéa b) ci-dessus et avec les conclusions générales du Groupe de travail sur la culpabilité, n'est pénalement responsable pour avoir encouragé quelqu'un d'autre à commettre un crime que la personne qui en a véritablement l'intention.

## **3. Intention commune**

Le Groupe de travail recommande l'abrogation du paragraphe 21(2), qui est incompatible avec le principe sous-tendant sa conception générale de la responsabilité pénale, savoir que les gens ne doivent répondre que de leur propre faute subjective.

## **4. Conseils tendant à une infraction qui est commise**

En cas de nouvelle formulation de l'alinéa c) comme recommandé plus haut, l'article 22 du *Code criminel* serait inutile et devrait être abrogé, et ce pour deux raisons. En premier lieu, l'«encouragement» englobe le «conseil». En second lieu, le paragraphe 22(2) est incompatible avec la conviction du Groupe de travail qu'il n'y a responsabilité pénale qu'en cas de faute subjective.

## **5. Conseils tendant à une infraction qui n'est pas commise**

Le Groupe de travail recommande l'abrogation de l'article 464, puisque selon l'alinéa c), la personne qui conseille sera tenue pénalement responsable, que l'infraction conseillée soit effectivement commise ou non.

## 6. Complice après le fait

Le Groupe de travail recommande l'abrogation de l'article 23, et souscrit à cette observation faite par Stuart :

Il vaut mieux envisager cette infraction dans le contexte de l'entrave à la justice. Il y a un argument qui milite contre le maintien de cette notion de responsabilité dérivée qui pèse sur le complice après le fait et qui subordonne certainement la sanction de l'infraction à la responsabilité de l'auteur principal.<sup>244</sup>

---

<sup>244</sup> *Supra*, note 2, page 522.

## PARTIE VII : LE CUMUL DES DÉCLARATIONS DE CULPABILITÉ

### XXI. AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE

#### A. Recommandation du Groupe de travail

Le Groupe de travail recommande l'inclusion de la disposition suivante dans le nouveau *Code criminel* :

#### Cumul des déclarations de culpabilité

**25. Nul ne peut être déclaré plus d'une fois coupable du même délit.**

#### B. Commentaire

La règle de l'«autorité de la chose jugée» est composée de divers éléments :

1. Plaidoyers spéciaux :
  - a. *Autrefois acquit*;
  - b. *Autrefois convict*;
  - c. Pardon;
2. Règle d'interdiction du cumul des déclarations de culpabilité, connue sous le nom de principe *Kineapple*;
3. Iniquité procédurale tenant à la division de la cause d'action par le ministère public;
4. *Res judicata*; irrecevabilité.

Le Groupe de travail a examiné ces questions en détail, et a conclu que la plupart d'entre elles touchent à la procédure et ne relèvent pas des Dispositions générales du nouveau *Code criminel*.

Il est cependant d'avis qu'il y a lieu d'inclure dans les Dispositions générales un énoncé général de la règle de l'autorité de la chose jugée.

## PARTIE VIII: SOMMAIRE DES RECOMMANDATIONS

Le Groupe de travail de l'Association du Barreau canadien sur la nouvelle codification du droit pénal recommande l'inclusion dans la partie des Dispositions générales du nouveau *Code criminel*, de dispositions portant ce qui suit :

### PROCLAMATION DE L'OBJECTIF ET DES PRINCIPES

CONSIDÉRANT que la loi pénale vise à assurer la protection et la sécurité des tous les membres de la société canadienne;

CONSIDÉRANT que cet objectif se réalise par la prescription des normes qui représentent les limites du comportement acceptable et par l'interdiction des agissements coupables qui dépassent ces limites;

CONSIDÉRANT que la loi pénale doit s'appliquer de manière à porter atteinte le moins possible aux droits et libertés individuels;

CONSIDÉRANT que le *Code criminel du Canada* a pour objet de codifier les principes de droit pénal dans un seul texte de loi;

Les principes suivants guideront l'interprétation et l'application du *Code criminel du Canada* :

- a) n'est pas passible de sanction pénale la personne qui agit sans intention coupable;
- b) la loi pénale ne doit être appliquée que dans le cas où les autres moyens de contrôle social sont insuffisants ou inopportuns;
- c) la personne qui commet un ou des crimes répond de son acte;



- d) la loi pénale sera administrée de façon équitable et rationnelle, compte tenu des principes de tolérance, de compassion et de miséricorde qui font partie intégrante des valeurs de la société canadienne.

#### Principe de légalité

1. Nul n'est pénalement responsable de l'acte qui, au moment de sa survenance, n'était pas une infraction visée au présent Code ou à une autre loi fédérale.

#### Responsabilité pénale

2. Sauf disposition contraire expresse, nul n'est pénalement responsable d'une infraction à moins qu'il ne commette l'acte interdit dans une intention coupable, sans justification, excuse ou autre moyen de défense légitime.

#### Acte interdit

3. Acte interdit s'entend de tout acte, omission ou état des choses, commis ou survenu dans des circonstances déterminées ou produisant des conséquences déterminées.

#### Omission

4. Nul n'est tenu responsable d'une omission à moins :
  - a) que par cette omission, il ne remplisse pas une obligation prévue à la présente loi, ou
  - b) que cette omission ne soit par elle-même une infraction prévue à la présente loi.

#### Lien de causalité

5. (1) Cause un résultat la personne dont les actes ou omissions contribuent pour une large part à ce résultat.

- (2) Une personne peut contribuer pour une large part à un résultat bien que ses actes ou omissions ne soient pas la cause unique ou principale de ce résultat.
- (3) Ne cause pas un résultat la personne dont les actes ou omissions sont tellement dominés par une cause déterminante extérieure qu'ils ne sont qu'une partie du contexte ou des circonstances dans lesquels s'exerce une autre cause déterminante extérieure.

#### Acte involontaire conscient

- 6. (1) Nul n'est tenu responsable d'un acte interdit conscient mais involontaire.
- (2) L'acte interdit est involontaire s'il échappe au contrôle physique de celui qui le commet. Il s'entend notamment de ce qui suit :
  - a) spasme, mouvement convulsif ou réflexe,
  - b) acte ou mouvement physiquement causé par une force externe,
  - c) omission ou défaut d'agir conformément à une obligation légale par suite d'une impossibilité physique.
- (3) Le présent article ne s'applique pas à l'acte involontaire conscient commis par suite de provocation, de rage, de colère, de troubles mentaux, d'intoxication volontaire ou d'automatisme.
- (4) Si l'acte interdit involontaire fait suite à un acte antérieur, volontaire et répréhensible de l'agent, celui-ci peut être tenu responsable de l'acte répréhensible antérieur.

### Automatisme

7. (1) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction par suite d'un acte interdit commis en état d'automatisme.
- (2) Pour l'application du présent article, automatisme s'entend du comportement involontaire inconscient par lequel l'agent, tout en étant capable d'action, n'a pas conscience de ce qu'il fait; le terme s'entend également du comportement involontaire inconscient de nature transitoire, causé par un ou des facteurs externes tels que :
- a) choc physique.
  - b) choc psychologique par suite d'un événement externe extraordinaire qui peut normalement causer un état de dissociation mentale chez l'individu normal moyen,
  - c) inhalation d'émanations toxiques, empoisonnement accidentel ou intoxication involontaire,
  - d) somnambulisme,
  - e) apoplexie,
  - f) hypoglycémie,
  - g) grippe ou infection virale,
  - h) autres facteurs du même genre.
- (3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'automatisme causé par :
- a) des troubles mentaux,
  - b) l'intoxication volontaire,
  - c) la faute définie au paragraphe (5).
- (4) Pour l'application du présent article, l'automatisme est causé par des troubles

mentaux dans le cas où l'acte involontaire inconscient s'explique principalement par un état subjectif interne ou une faiblesse dans la constitution psychologique, émotionnelle ou organique du prévenu, y compris les états de dissociation mentale causés par les tensions et déceptions ordinaires de la vie.

(5) Nonobstant le paragraphe (1), l'automatisme ne peut être invoqué comme moyen de défense :

- a) en cas d'infraction intentionnelle si l'agent provoque volontairement l'état d'automatisme dans l'intention de commettre l'acte interdit qui constitue cette infraction,
- b) en cas d'infraction sciemment commise si l'agent provoque volontairement l'automatisme, sachant qu'il est pratiquement certain que sous l'empire de cet automatisme, il commettra l'acte interdit qui constitue l'infraction,
- c) en cas d'infraction de témérité si l'agent provoque volontairement l'automatisme, tout en sachant le risque qu'il court de commettre l'acte interdit constituant cette infraction sous l'empire de l'automatisme, et en sachant qu'il est hautement déraisonnable de courir ce risque.

#### Éléments moraux de l'infraction

8. (1) Les éléments moraux de l'infraction qui déterminent la responsabilité pénale sont :

- a) l'intention,
- b) la connaissance,
- c) la témérité.



### Intention

- (2) La personne qui commet l'acte interdit le fait intentionnellement lorsqu'elle désire qu'il existe ou se produise.

### Connaissance

- (3) La personne qui commet l'acte interdit le fait sciemment lorsqu'elle est pratiquement certaine qu'il existe ou va se produire.

### Témérité

- (4) La personne qui commet l'acte interdit le fait par témérité lorsque, vu les circonstances dont elle est effectivement au courant :
  - a) elle sait qu'il y a un risque que son acte ou omission constitue l'acte interdit, et
  - b) il est hautement déraisonnable de courir ce risque.

L'élément moral se rapporte à tous les aspects de l'acte interdit

- (5) Dans le cas où la loi définissant l'infraction spécifie l'état d'esprit propre à cette infraction sans qu'il y ait distinction entre les différents aspects de l'acte interdit, cet état d'esprit se rapporte à tous les aspects de l'acte interdit constitutif de l'infraction, sauf indication contraire ressortant du contexte.

### Règle résiduelle

- (6) La définition d'un crime qui ne spécifie pas expressément l'élément moral attaché à ce crime sera interprétée comme prescrivant la preuve de l'intention.
- (7) Dans le cas où la définition du crime fait de la connaissance un élément constitutif, est

tenue responsable la personne qui agit ou omet d'agir intentionnellement ou sciemment à l'égard d'un ou de plusieurs aspects de l'acte interdit visé par cette définition.

L'élément moral plus grave est inclusif du moins grave

- (8) Dans le cas où la définition du crime fait de la témérité un élément constitutif, est tenue responsable la personne qui, intentionnellement ou sciemment, agit ou omet d'agir à l'égard d'un ou de plusieurs aspects de l'acte interdit visé par cette définition.

Croyance erronée quant aux faits

9. N'est pas responsable la personne qui a commis une infraction par défaut de connaissance dû à l'erreur ou à l'ignorance quant aux circonstances. Si cependant d'après son interprétation des faits, cette personne pensait commettre une infraction incluse, elle sera tenue responsable de cette infraction incluse.

Précaution à observer

10. Pour examiner si l'accusé s'est fait une idée particulière d'un ensemble de faits, le juge ou le jury prendra en considération toutes les preuves, y compris, le cas échéant, celle de l'existence ou de l'absence de motifs raisonnables justifiant cette croyance.
11. N'est pas pénalement responsable de l'acte interdit la personne qui, en raison d'une maladie ou d'une déficience mentale au moment où elle commit cet acte :

- a) était incapable d'en apprécier la nature ou les conséquences;

- b) pensait que cet acte était moralement juste;
- c) était incapable de se conformer aux prescriptions de la loi.

#### Défense de la personne

12.(1) Toute personne est justifiée, pour se défendre ou défendre autrui, à user de la force raisonnablement nécessaire à cet effet, eu égard aux circonstances telles qu'elle les perçoit.

#### Force excessive

- (2) Quiconque fait un usage excessif de la force pour se défendre ou défendre autrui et cause de ce fait la mort d'un autre être humain, n'est pas coupable de meurtre mais d'homicide involontaire coupable.

#### Défense des biens

13.(1) Toute personne est justifiée à faire usage de la force raisonnablement nécessaire, eu égard aux circonstances telles qu'elles existent ou telles que cette personne les perçoit :

- a) pour protéger ses biens ou des biens d'autrui contre l'appropriation, la destruction ou l'endommagement illicite,
  - b) pour empêcher l'intrusion sur son bien ou en expulser un intrus.
- (2) En aucun cas il n'est raisonnable, dans la défense d'un bien, de causer intentionnellement la mort.

### État de nécessité

14. (1) N'est pas pénalement responsable la personne qui commet un acte interdit pour se protéger ou protéger une autre personne, ou pour prévenir un endommagement grave et immédiat de ses biens, si le danger dont elle sait ou croit qu'il existe est tel qu'eu égard à toutes les circonstances (y compris l'une quelconque de ses caractéristiques personnelles qui en affectent la gravité), on ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle fasse autrement.
- (2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard de la personne qui, sciemment et sans excuse raisonnable, s'expose d'elle-même au danger.

### Contrainte

15. N'est pas pénalement responsable la personne qui commet un crime sous menace de préjudice contre elle-même ou contre une autre personne, si la menace est telle que, eu égard à toutes les circonstances (y compris l'une quelconque de ses caractéristiques personnelles qui en affectent la gravité), on ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle y résiste.

### Intoxication

- 16.(1) Quiconque, en raison de son état d'intoxication, ne réunit pas les conditions de culpabilité prévues par la définition du crime qu'il commet, n'est pas responsable de ce crime.
- (2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas dans le cas où la consommation



volontaire d'une substance intoxicante constitue un élément matériel de l'incrimination.

- (3) Par dérogation au paragraphe (1), la personne poursuivie pour une infraction de l'annexe 1 et qui, n'eût été son état d'intoxication volontaire, aurait été jugée coupable de cette infraction, sera déclarée coupable de l'infraction incluse d'intoxication criminelle.
- (4) La personne déclarée coupable en application du paragraphe (3) encourt la même peine que si elle est déclarée coupable de tentative de commettre l'infraction reprochée.

#### Erreur de droit

17. N'est pas responsable la personne qui a commis un crime en raison d'une erreur de droit ou de l'ignorance de la loi :

- a) concernant des droits privés ou autres droits civils touchés par ce crime, ou
- b) imputable :
  - (i) à l'ignorance de l'existence de la loi, du fait qu'elle n'a pas été publiée ou raisonnablement portée à la connaissance du public ou des personnes susceptibles d'en être affectées,
  - (ii) à la foi raisonnable dans une décision judiciaire, ou
  - (iii) à la foi raisonnable dans une déclaration faite par une autorité judiciaire, gouvernementale ou administrative compétente.

## Provocation

- 18.(1) Est provoquée la personne qui, par suite des agissements ou propos d'une autre personne, perd son sang-froid comme l'aurait fait quiconque se trouve dans la même situation et dans les mêmes circonstances, telles qu'elle les perçoit.
- (2) Quiconque, sous l'empire de la provocation :
- a) commet un meurtre, sera déclaré coupable d'homicide involontaire coupable,
  - b) commet une infraction visée à l'annexe, sera déclaré coupable de l'avoir commise sous l'empire de la provocation et est passible de la moitié de la peine prévue pour cette infraction.

## Infractions vénielles

19. Lors même que le ministère public a fait la preuve de tous les éléments essentiels de l'infraction, le tribunal saisi peut, avant de rendre un verdict de culpabilité, suspendre la procédure contre le prévenu pour ce qui est de cette infraction, si celui-ci le convainc par prépondérance des probabilités qu'eu égard à la nature de l'acte commis et à toutes les circonstances y afférentes, l'infraction est trop vénielle pour justifier un verdict de culpabilité, l'enregistrement d'une déclaration de culpabilité ou l'application d'une peine.

### Provocation policière

20. (1) Le tribunal saisi suspendra la procédure relative à l'infraction reprochée à l'accusé quand les conditions suivantes sont réunies :
- a) le juge des faits conclut que le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable tous les éléments constitutifs de l'infraction,
  - b) le tribunal conclut que l'accusé a prouvé par prépondérance des probabilités qu'il avait commis cette infraction sous l'effet d'une provocation policière.
- (2) Sans préjudice de la portée générale du paragraphe (1), il y notamment provocation policière à la commission d'une infraction :
- a) quand les autorités procurent à l'accusé l'occasion de commettre cette infraction, sans qu'elles aient de bonnes raisons de soupçonner qu'il se livre déjà à cette activité criminelle, ou sans que ce soit dans le cadre d'une enquête visant des personnes se trouvant dans un lieu où ces autorités ont lieu de soupçonner que cette activité criminelle s'exerce;
  - b) quand les autorités non seulement procurent à l'accusé l'occasion de commettre cette infraction mais l'incitent à la commettre, sans qu'elles aient de bonnes raisons de soupçonner qu'il se livre déjà à cette activité criminelle, ou sans que ce soit dans le cadre d'une enquête visant des personnes se trouvant dans un lieu où ces autorités ont lieu de soupçonner que cette activité criminelle s'exerce.

### Moyens de défense de *common law*

21. Aucun moyen de défense, fait justificatif ou excuse n'est exclu sauf disposition contraire expresse du présent code.

### Tentative

22. (1) Quiconque, ayant l'intention de commettre une infraction, fait ou omet de faire quelque chose pour arriver à son but, est coupable de la tentative de commettre cette infraction, même si, eu égard aux circonstances, il lui est impossible de la commettre dans les faits ou au regard de la loi.
- (2) Est une question de droit la question de savoir si un acte ou une omission, de la part d'une personne qui a l'intention de commettre une infraction, est ou non une simple préparation à la commission de l'infraction, et a ou non avec celle-ci un rapport trop lointain pour en constituer la tentative.
- (3) Sauf disposition contraire expresse de la loi, quiconque aide ou encourage une autre personne à commettre une infraction est, si celle-ci ne se réalise pas, coupable de la tentative de commettre cette infraction.

### Complot

23. (1) Est coupable de complot quiconque s'entend avec une autre personne, que les deux soient mariés l'un à l'autre ou non, pour commettre une infraction prévue au *Code criminel*, laquelle infraction est un acte criminel ou peut être poursuivie par voie de mise en accusation.
- (2) N'est coupable de complot que la personne qui a l'intention de commettre l'infraction visée au paragraphe (1).



- (3) N'est pas coupable de complot la personne qui se désiste du complot visant à commettre l'infraction visée au paragraphe (1), avant que cette infraction n'ait été tentée ou commise.
- (4) Pour décider si une personne s'est désistée du complot, le tribunal compétent examinera toutes les circonstances de l'affaire, y compris la question de savoir si cette personne a communiqué son désistement soit aux autres conspirateurs soit aux autorités soit aux deux à la fois.
- (5) Quiconque complot pour commettre l'infraction visée au paragraphe (1) en est tenu pénalement responsable, même si, eu égard aux circonstances, il lui est impossible de la commettre dans les faits ou au regard de la loi.
- (6) Sous réserve de l'immunité diplomatique et de toute autre immunité prévue par la loi, sont soumis à l'application du présent *Code* et à la juridiction des tribunaux canadiens :
  - a) l'acte commis à l'étranger et qui constitue un complot pour commettre une infraction au Canada, si cet acte a eu lieu en haute mer ou dans un État dans lequel l'infraction en question fait aussi l'objet d'une incrimination, et
  - b) l'acte commis au Canada et qui constitue un complot pour commettre une infraction à l'étranger, si l'infraction en question fait l'objet d'une incrimination au Canada et dans le pays où elle doit être commise.

#### Parties à l'infraction

24. Est partie à une infraction et en est coupable la personne :

- a) qui commet cette infraction,

- b) qui fait ou omet de faire quelque chose, sachant que son action ou omission aidera quelqu'un d'autre à la commettre, ou
- c) fait ou omet de faire quelque chose dans l'intention d'encourager quelqu'un d'autre à la commettre.

#### Cumul des déclarations de culpabilité

25. Nul ne peut être déclaré plus d'une fois coupable du même délit.

**ANNEXE «A»****LISTE DES DOCUMENTS DE TRAVAIL**

Groupe de travail a commandité les documents de travail suivants :

1. Actus Reus and Automatism, par Gerry Ferguson, février 1992.
2. The Fault Element, par Gil D. McKinnon, avril 1991.
3. Mistake of Fact, par Gil D. McKinnon, mai 1991.
4. Defence of the Person, par Keith R. Hamilton, mars 1991.
5. Defence of Property, par John Williams, février 1992.
6. Necessity, par Sharon Samuels et Gil D. McKinnon, décembre 1991.
7. Drunkenness, par Keith R. Hamilton, août 1991.
8. Mental Disorder, par Gil D. McKinnon, juin 1992.
9. Mistake of Law, par Sharon Samuels et Gil D. McKinnon, décembre 1991.
10. The Excuse of Duress, par George K. Bryce, décembre 1991.
11. De Minimis Non Curat Lex, par Keith R. Hamilton, décembre 1991.
12. Entrapment, par le Groupe de travail du Manitoba, novembre 1991.
13. Criminal Attempts, par Keith R. Hamilton, février 1992.
14. Conspiracy, par Sharon Samuels et Gil D. McKinnon, mars 1992.
15. Parties, par Sharon Samuels et Gil D. McKinnon, février 1992.
16. Common Law Defences, par gerry Ferguson, mars 1992.
17. Double Jeopardy, par Clyde Bond, mai 1992.

## **APPENDICE «CODE-7»**

### **MÉMOIRE AU**

### **SOUS-COMITÉ PARLEMENTAIRE SUR LA NOUVELLE CODIFICATION DU DROIT PÉNAL**

---

# **TROUBLES MENTAUX, RESPONSABILITÉ ET AUTOMATISME**

---

Gerry Ferguson, professeur  
Faculté de droit  
Université de Victoria

Octobre 1992



## Table des matières

- I. INTRODUCTION
- II. APPLICATION DE LA DÉFENSE FONDÉE SUR LES TROUBLES MENTAUX
  - A. Inclure l'incapacité volitive
  - B. La définition de répréhensible
  - C. La définition de troubles mentaux
  - D. Troubles mentaux et automatisme
  - E. Nature et qualité versus nature et conséquences
- III. FARDEAU ET QUANTITÉ DE LA PREUVE
  - A. Introduction et recommandation
  - B. Anomalie historique
  - C. Illogisme et injustice
  - D. Arguments théoriques
- IV. RESPONSABILITÉ DIMINUÉE
- V. IMPOSITION DE LA DÉFENSE D'ALIÉNATION MENTALE CONTRE LE GRÉ DE L'ACCUSÉ
- VI. DURÉE MAXIMALE
- VII. ORDONNANCE DE DÉTENTION DANS UN HÔPITAL
- VIII. AUTOMATISME

## I. INTRODUCTION

1. Le 24 octobre 1991, j'ai témoigné devant le Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général dans le cadre du projet de loi C-30, Loi modifiant le Code criminel (troubles mentaux). J'ai alors recommandé différentes modifications au projet de loi, relativement à la défense fondée sur les troubles mentaux. Les membres du comité permanent se sont intéressés à mes suggestions, mais ont conclu qu'il vaudrait mieux les présenter au moment où le Sous-comité examinerait la nouvelle codification du Code criminel. Je viens donc vous livrer mon point de vue pour votre considération.
2. J'ajoute que j'ai participé à la rédaction du Rapport du Groupe de travail de l'Association du Barreau canadien (ABC) intitulé «Principes de responsabilité pénale : Proposition de nouvelles dispositions générales pour le Code criminel du Canada». Je souscris aux opinions du Groupe de travail de l'ABC au sujet de la défense fondée sur les troubles mentaux, mais j'aimerais ajouter ou développer certains points.

## II. APPLICATION DE LA DÉFENSE FONDÉE SUR LES TROUBLES MENTAUX

### A. Inclure l'incapacité volitive

3. Le projet de loi C-30 (entré en vigueur le 4 février 1992) abroge et remplace l'article 16. L'article 16 révisé modernise le texte de loi, sans toutefois élargir l'application de la défense fondée sur les troubles mentaux car il se limite à l'incapacité cognitive. Le fait d'exclure l'incapacité volitive de l'application de l'article 16 est contraire aux principes fondamentaux de justice. Par conséquent, je recommande que l'article soit modifié par l'addition de ce qui suit :

«ou incapable de se conformer aux prescriptions de la loi».

La même recommandation est contenue dans le Rapport du Groupe de travail de l'ABC (p. 66 et 77).

### Remarques

4. La Commission de la réforme du droit du Canada fait remarquer que la défense d'aliénation mentale se fonde sur le principe moral fondamental que «la personne qui n'a pas toute sa raison et qui, par conséquent, n'est pas responsable de ses actes, ne devrait pas être punie». Je suis aussi de cet avis. Mais pourquoi la personne n'est-elle pas responsable? La réponse à cette question se trouve dans les paramètres de l'aliénation mentale comme moyen de défense. Malheureusement, la Commission n'a pas cherché directement à répondre à cette question (bien qu'elle devait connaître la réponse).
5. En résumé, nos principes de droit pénal et de sanctions criminelles s'appuient sur la présomption que les êtres humains sont des êtres rationnels et autonomes. Autrement dit, nous sommes capables de distinguer le bien du mal et de choisir entre le bien et le mal. Ces suppositions sont peut-être incorrectes mais elles ont toujours formé, et continueront probablement de le faire, le fondement théorique de notre droit pénal. Ce sont ces deux éléments –la raison et le choix – qui nous autorisent moralement à tenir une personne responsable d'un crime et à lui imposer une punition. Si une personne peut distinguer le mal du bien et est capable de choisir entre les deux, alors l'attribution de responsabilité et l'imposition d'une punition sont moralement justifiées et méritées lorsque cette personne choisit sciemment de commettre un acte répréhensible. La Cour suprême a souvent fait valoir que ces deux éléments – la raison et le choix – étaient nécessaires pour qu'il y ait responsabilité criminelle et châtimement. Par exemple, dans l'arrêt Swain, le juge en chef Lamer a dit (C.C.C. 205) qu'une des suppositions fondamentales de notre modèle de droit pénal, c'est que l'accusé est un être rationnel et autonome capable d'apprécier la nature et la qualité d'un acte et de reconnaître le bien du mal. Le juge McLachlin (dissident) dit sensiblement la même chose dans l'arrêt Chaulk (C.C.C. 262-263). L'incapacité de choisir est reconnue dans d'autres moyens de défense (l'automatisme, la provocation, la nécessité, la contrainte) et devrait aussi être admise dans la défense d'aliénation mentale.
6. Si le droit pénal s'appuie sur la conception selon laquelle les êtres humains sont des êtres rationnels et autonomes, alors il faut prendre en considération ces deux conditions, la raison et la volonté, avant d'attribuer à quelqu'un la responsabilité d'un acte criminel. C'est la capacité de raisonner (discerner le bien du mal) et de choisir

(commettre le bien ou le mal) qui permet de justifier l'attribution de responsabilité criminelle et l'imposition d'une punition. S'il y a incapacité de raisonner ou de choisir, il est impossible d'établir la responsabilité de la conduite d'autrui et donc immoral d'imposer une punition. C'est pourquoi les critères d'aliénation mentale doivent comprendre, pour des motifs philosophiques, une évaluation de l'incapacité cognitive et volitive.

7. La loi ne suppose pas que nous ayons tous la même capacité de raisonner, de choisir ou de maîtriser notre conduite. Cependant, en autant qu'il possède une aptitude minimale à raisonner et à se maîtriser, chaque citoyen est tenu de se comporter conformément aux prescriptions de la loi. Lorsque, malgré des capacités minimales de raisonnement et de maîtrise de soi, un citoyen ne se contrôle pas, la responsabilité d'un acte peut lui être attribuée et une punition lui être imposée comme mesure de rétribution. En tant qu'êtres humains pensants, nous sommes tenus de maîtriser notre comportement et de résister à la tentation d'agir illégalement durant des moments de colère, de jalousie, de convoitise, etc.
8. Étant donné que la défense d'aliénation mentale soustrait totalement l'accusé à la responsabilité criminelle, le niveau d'incapacité justifiant un jugement d'aliénation doit être tel qu'il serait déraisonnable d'attribuer le moindre blâme à l'accusé qui omet de se conformer aux prescriptions de la loi. Lorsque l'incapacité n'est pas totale et qu'il est raisonnable d'attribuer un certain blâme à l'accusé (pas total), je préconise un système de responsabilité atténuée.
9. Dans le projet de loi C-30, l'incapacité volitive n'est pas une condition pour déterminer des troubles mentaux. Dans le Document de travail (1983) du gouvernement, une vaste gamme de critères possibles pour déterminer les troubles mentaux ont été examinés, y compris celui de l'incapacité volitive. Dans son Rapport final (1985), le gouvernement recommande «de conserver pour le moment les critères actuels d'aliénation mentale», en apportant quelques changements mineurs d'ordre linguistique.



10. Les conclusions du gouvernement s'appuient sur deux facteurs :

- (i) La preuve a été faite que la formulation exacte de la défense d'aliénation mentale n'est pas toujours pertinente; que les jugés et jurés ne tiennent quasiment pas compte des termes utilisés et qu'ils appliquent une norme plus générale et plus intuitive;
- (ii) Il ressort des consultations du gouvernement avec les psychiatres, les gouvernements provinciaux, les comités de révision provinciaux de la santé mentale et différentes associations de droit et de santé mentale, que «les points de vue varient beaucoup» sur les critères à appliquer (bien que l'inclusion de l'incapacité volitive rallie beaucoup d'appuis); de nombreux groupes pensent qu'il faut approfondir la question.

11. Le gouvernement a donc conclu que les critères actuels d'aliénation mentale devaient être maintenus, compte tenu de cette «divergence d'opinions» et aussi du fait que rien n'indique que le fait d'élargir ces critères pour inclure l'incapacité volitive changerait quoi que ce soit à la manière de faire des juges et des jurés.

- (i) Il est vrai qu'il a été démontré (surtout aux États-Unis) que la formulation précise de la défense d'aliénation mentale est souvent peu pertinente, mais ces arguments ne sont ni répandus, ni concluants; il est dommage que la Commission de réforme du droit et le gouvernement n'aient pas fait d'étude empirique sur ce point avec des juges ou des jurés en situation de simulation.
- (ii) Si, effectivement, la formulation compte peu, alors pourquoi ne pas incorporer l'incapacité volitive dans le critère d'aliénation mentale; l'application du critère serait au moins justifiée sur le plan théorique ou moral, même concrètement si on obtient les mêmes résultats.
- (iii) Le fait que le gouvernement ait constaté que les avis sur l'application des critères d'aliénation mentale divergent plutôt n'est pas en soi une raison suffisante pour recommander que l'on maintienne les critères actuels de défense d'aliénation mentale. Rien ne permet de dire que le critère actuel soit plus acceptable pour les avocats ou les psychiatres qu'un critère d'aliénation qui inclut l'incapacité volitive.

12. On craint qu'il soit trop facile pour un psychopathe d'être reconnu non coupable en raison d'aliénation mentale fondée sur l'incapacité volitive. Avant la fin de 1980, l'incapacité volitive avait été invoquée dans la défense d'aliénation mentale dans 28 États et 10 des 11 districts fédéraux. En Australie, l'incapacité volitive fait partie du Code criminel dans les trois États régis par le Code et reconnus au niveau de la common law dans trois États non régis par le Code. Aucun de ces territoires n'a jamais constaté qu'il était justifié de craindre que des psychopathes échappent trop facilement à la justice en plaissant l'aliénation mentale.
13. On craint aussi que les juges et les jurés soient incapables de distinguer entre les personnes qui ne peuvent pas se conformer aux prescriptions de la loi et celles qui sont capables mais qui choisissent ne pas le faire (ou, d'après l'ABC, «la difficulté qu'il y a à distinguer entre une impulsion irrésistible et une impulsion à laquelle l'agent n'a tout bonnement pas résisté»). Tout en reconnaissant qu'il ne sera pas toujours facile de faire cette distinction, je ne pense pas les juges ou les jurés incapables de distinguer entre les cas d'incapacité de se conformer et les cas où il y a eu volonté délibérée ou témérité.
  - (i) L'incapacité de se conformer aux prescriptions de la loi doit être due à des troubles mentaux; il y aura donc expertise psychiatrique ou psychologique pour la gouverne du juge ou des jurés;
  - (ii) Les juges et les jurés sont souvent appelés à décider de l'état mental de l'accusé ou de sa capacité mentale; dans la plupart des infractions, la Couronne doit prouver hors de tout doute raisonnable l'état mental dans lequel se trouvait l'accusé au moment du délit : l'intention, la connaissance, l'objectif ou la témérité. Étant donné que ni le juge ni les jurés ne peuvent se faufiler dans le cerveau de l'accusé, ils doivent déduire ce qu'il pensait à partir de ses paroles et gestes, ainsi que toutes les autres circonstances entourant la perpétration du délit.

Le même processus peut s'appliquer et s'applique effectivement à la détermination de l'incapacité de se conformer aux prescriptions de la loi.

14. Du point de vue purement politique, il peut être tentant de ne pas modifier la défense d'aliénation mentale. En effet, l'élargissement de la défense d'aliénation mentale risque de déplaire au public. Les médias pourraient facilement conclure que l'inclusion de l'incapacité volitive dans la défense d'aliénation mentale privilégie les criminels dangereux. Le public est parfois incrédule devant un verdict de non-culpabilité en raison d'aliénation mentale et pense que l'accusé s'en est bien tiré ou qu'il a été plus adroit que la justice.

Je pense, toutefois, que ces préjugés ne devraient pas déteindre sur le mécanisme parlementaire et faire obstacle à la reconnaissance, dans la défense d'aliénation mentale, des deux conditions morales de la responsabilité criminelle : la connaissance et la volonté.

**B. La définition de répréhensible**

15. Je recommande que l'article 16 soit modifié pour qu'il soit clair que le mot «répréhensible» englobe ce qui est répréhensible aux yeux de la loi et moralement. Pour ce faire, on pourrait reformuler l'article 16 ou donner une définition du terme «répréhensible» dans l'article 2 du Code criminel. Pour ma part, je préfère la première solution (tout comme la Commission de réforme du droit, dans sa recommandation minoritaire contenue dans le Rapport 31.) Le Groupe de travail de l'ABC souscrit aussi à cette option (p. 66 du Rapport).

16. L'article 16 pourrait être reformulé comme suit :

N'est pas pénalement responsable de l'acte interdit la personne qui, en raison d'une maladie ou d'une déficience mentale au moment où elle commit cet acte :

- a) était incapable d'en apprécier la nature ou les conséquences;
- b) pensait que cet acte était moralement juste;
- c) était incapable de se conformer aux prescriptions de la loi.

**Remarques**

17. Dans l'arrêt Schwartz (1976), 29 C.C.C. (2<sup>e</sup>) 1, la Cour suprême du Canada a jugé que le mot «répréhensible» dans l'article 16 signifiait répréhensible aux yeux de la loi, et non moralement. Dans l'arrêt Chaulk, 62 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 393, la Cour suprême a cassé l'arrêt et jugé que le terme «répréhensible» signifie «moralement répréhensible» d'après les valeurs morales ordinaires de personnes raisonnables.
18. Pour être plus claire et plus complète, la définition législative de l'aliénation mentale devrait inclure les deux notions de répréhensible : aux yeux de la loi et moralement, non pas l'une ou l'autre.
19. L'opinion de la Cour suprême voulant que la notion de «moralement répréhensible» soit mesurée par les valeurs objectives de personnes raisonnables est non équitable et non fondée. D'après la Cour suprême dans l'arrêt Chaulk, l'accusé ne peut être acquitté en raison d'aliénation mentale s'il était capable de savoir que sa conduite serait considérée comme répréhensible aux yeux de personnes ordinaires même s'il croit en son for intérieur que cette conduite n'est pas moralement répréhensible.
20. Ce critère de moralité objective n'est ni fondé ni juste, parce qu'il suppose qu'une personne perturbée mentalement se comportera logiquement et rationnellement comme le ferait toute personne raisonnable, à un moment où les fonctions mentales, les perceptions et le jugement de cette personne sont perturbés par des troubles mentaux.
21. À mon avis, la Commission de réforme du droit dans son Document de travail n° 29 a efficacement résumé pourquoi le critère de faute devait inclure ce que l'accusé pensait être répréhensible :

Premièrement, en common law, on a traditionnellement donné au mot «mauvais» le sens de «moralement mauvais», et les décisions contraires sont assez récentes. Deuxièmement, l'expression «agissait mal» que contient la règle analogue en matière de minorité (selon laquelle un enfant dont l'âge se situe entre sept et quatorze ans ne peut être coupable à moins qu'il n'ait pu juger qu'il agissait mal) désigne, selon l'interprétation qu'on en a généralement faite, le caractère moralement répréhensible d'un acte. Troisièmement, même s'il semble inopportun d'acquitter un accusé qui



savait que son acte était illégal mais qui le considérait comme justifiable au regard de ses principes moraux personnels, il n'en demeure pas moins que le fait d'acquitter une personne qui savait que son acte était moralement répréhensible mais qui, à cause de sa maladie mentale, ne savait pas que cet acte était illégal, constitue un aussi grand danger.

Enfin, le plus important, c'est qu'il faut prendre en considération le fait que, dans les cas de cette nature, l'accusé est atteint d'une maladie mentale. Aussi est-ce une absurdité que d'essayer de vérifier jusqu'à quel point il connaît la loi. On doit plutôt tenir compte de ses motifs, de même que de sa perception générale de l'acte, c'est-à-dire dans quelle mesure il le jugeait acceptable. «La question que doit se poser le jury est celle de savoir si la maladie mentale de l'accusé entravait son processus mental au point de le rendre incapable de savoir que ses actes étaient moralement mauvais. Certains prétendent qu'un critère fondé sur la notion de moralité favorise le criminel amoral et que se trouvent ainsi privilégiés ceux qui se sont débarrassés de tout scrupule. Cet argument ne tient pas compte du facteur que constitue la maladie mentale. Si, par suite d'une maladie mentale, le criminel est totalement incapable de discernement moral et agit sous l'empire du délire, on peut dire avec raison qu'il n'est pas criminellement responsable.

Il convient aussi de souligner la pertinence de l'arrêt M'Naghten, où les juges ont dit en substance : Si l'accusé était conscient qu'il s'agissait d'un acte qu'il ne devait pas commettre et que, en même temps, cet acte était contraire à la loi du pays, alors il est passible de sanctions. Il n'y a absolument rien qui dit que l'accusé doit faire ce qu'il pense être bien aux yeux des autres, plutôt que de faire ce qu'il pense être bien!

22. Dans le Rapport 31, la majorité des membres de la Commission de réforme du droit se sont entendus sur l'option de «illégalement répréhensible». La minorité des commissaires auraient ajouté le critère de «moralelement répréhensible» parce que, «même si de façon générale, une personne ne saurait être admise à substituer sa conception du bien et du mal à celle qu'énonce la loi, il n'en reste pas moins que c'est un traitement médical, et non une punition, qui devrait être appliqué à la personne

atteinte de troubles mentaux qui agit comme elle le fait parce qu'elle juge sa conduite moralement bien fondée». La majorité n'a pas dit pourquoi elle avait adopté le critère de légalement répréhensible, non plus qu'elle a contesté les arguments en faveur de l'inclusion du critère de moralement répréhensible. (Dans son rapport de 1984 sur les troubles mentaux, le gouvernement fédéral n'a pas dit non plus pourquoi il n'avait pas inclus la notion de moralement répréhensible dans sa définition d'aliénation mentale.)

#### C. La définition de «troubles mentaux»

23. Le projet de loi C-30 a remplacé les mots «imbécillité naturelle ou maladie mentale» dans l'article 16 du Code par «troubles mentaux». Le projet de loi définit aussi «troubles mentaux» comme étant toute maladie mentale. Le terme imbécillité naturelle avait été inclus à l'origine dans l'article 16, pour que les déficients mentaux (qui, au sens strict du terme, ne sont pas «malades») puissent faire valoir la défense d'aliénation mentale. Bien que la Cour suprême du Canada dans les arrêts Cooper et Rabey ait donné une définition plus large du terme «maladie mentale» (suffisamment large, on présume, pour inclure l'arriération mentale ou la déficience mentale), il serait plus sûr de définir les troubles mentaux comme étant «une maladie mentale ou une déficience mentale» pour qu'il soit clair que la déficience mentale (retard) est comprise dans la défense d'aliénation mentale. On trouve aussi cette recommandation dans le Rapport du Groupe de travail de l'ABC, pages 67 et 68. Je recommande que la définition de troubles mentaux à l'article 2 du Code soit révisée pour inclure la déficience mentale.

#### D. Troubles mentaux et automatisme

24. Je m'élève pour des raisons plus importantes contre le fait de définir «troubles mentaux» simplement par «toute maladie mentale». Cette définition ne distingue pas entre deux défenses distinctes : la défense fondée sur des troubles mentaux et la défense d'automatisme non causé par une maladie mentale.
25. La jurisprudence canadienne (qui est résumée utilement dans l'arrêt Rabey (1977), 37 C.C.C. (2<sup>e</sup>) 461, confirmée (1980), 54 C.C.C. (2<sup>e</sup>) 1 par le juge Martin (C.A. Ont.) et le juge Dickson (S.C.C.) et dans D. Stuart, Canadian Criminal Law, 2<sup>e</sup> éd. 1987, p. 89-91) énumère les facteurs ci-après comme étant des causes externes de comportement inconscient qui justifient l'accusé d'invoquer l'automatisme comme moyen de défense :
- a) une commotion provoquée par un choc physique;

- b) un choc psychologique par suite d'un événement externe extraordinaire qui peut normalement causer un état de dissociation mentale chez l'individu normal moyen;
- c) l'inhalation d'émanations toxiques, l'empoisonnement accidentel ou l'intoxication involontaire;
- d) le somnambulisme;
- e) l'apoplexie;
- f) l'hypoglycémie;
- g) la grippe ou l'infection virale.

Cependant, dans les arrêts au Canada, il a été jugé que l'accusé ne peut invoquer l'automatisme dans les cas où le comportement inconscient est causé, entre autres, par :

- a) l'artériosclérose cérébrale;
- b) certaines formes d'épilepsie;
- c) le stress et les déceptions ordinaires de la vie courante.

26. Une disposition qui distingue clairement entre la défense de troubles mentaux et celle d'automatisme non causé par l'aliénation mentale devrait être ajoutée dans le Code criminel. Le Groupe de travail de l'ABC propose une disposition de cette nature dans sa définition d'automatisme au par. 7(2), à la page 21 et aux pages 33 et 34 de son Rapport. Je souscris à cette recommandation.

**E. Nature et qualité versus nature et conséquences**

27. Dans le paragraphe 16, je recommande l'addition du mot «conséquences» dans la définition de troubles mentaux. Dans le Document de travail 29 et le Rapport 31, la Commission de réforme du droit a remplacé l'expression «nature et qualité» d'un acte ou d'une omission par l'expression «nature ou conséquences» de la conduite. Ce

changement tient compte de l'interprétation par la jurisprudence (Barnier et Kjeldsen) des mots «nature et qualité» qui sont maintenant utilisés dans le paragraphe 16(2) du Code criminel. Le Groupe de travail de l'ABC (p. 66 du Rapport) recommande aussi, comme moi, l'utilisation de «la nature ou les conséquences». Il est surprenant que le projet de loi C-30 ne remplace pas «nature et qualité» par «nature ou conséquences». Dans l'éventualité où l'on pourrait penser que le mot «qualité» ajoute quelque chose à «nature», on pourrait utiliser l'expression «la nature, la qualité ou les conséquences».

### III. FARDEAU ET QUANTITÉ DE LA PREUVE

#### A. Introduction et recommandation

28. Les par. 16(2) et 16(3) du Code criminel présument qu'un accusé est sain d'esprit aux yeux de la loi (n'est pas atteint de troubles mentaux de manière à être exempté de toute responsabilité criminelle), jusqu'à ce que l'individu plaidant l'aliénation mentale fasse la preuve du contraire par prépondérance des probabilités.
29. Lorsqu'un accusé plaide l'aliénation mentale, les dispositions susmentionnées signifient que l'accusé doit établir la défense d'aliénation mentale par prépondérance des probabilités. L'inversion de la charge de la preuve est une anomalie historique qui est injuste pour l'accusé, non essentielle comme politique et qui constitue une exception non fondée à la charge de la preuve ordinaire. Pour ces raisons, elle devrait être abolie lorsque l'accusé invoque l'aliénation mentale comme moyen de défense. Lorsque le ministère public est autorisé à soulever l'aliénation mentale contre le gré de l'accusé, il devrait incomber au ministère public de faire la preuve de troubles mentaux hors de tout doute raisonnable. Le Groupe de travail de l'ABC (p. 74 et 75) arrive à la même conclusion. (De plus, je partage l'avis du juge en chef Lamer dans l'arrêt Chaulk (C.C.C., 217) : «En supposant que le ministère public peut, selon la Constitution, soulever la question de l'aliénation, (...) il n'y a aucune raison pour laquelle l'accusé et le ministère public devraient nécessairement porter le même fardeau de preuve.»
30. Dans l'arrêt Chaulk, la majorité de la Cour suprême a arrêté que cette inversion du fardeau de preuve limite la présomption d'innocence garantie par la Charte (alinéa 11d)) mais que cette limite est raisonnable en vertu de l'article premier. Je ne partage



pas l'avis de la majorité sur ce point et me range plutôt du côté du juge Bertha Wilson (dissidente) qui a soutenu que cette inversion du fardeau de la preuve n'est pas une limite raisonnable ou nécessaire à la présomption d'innocence et par conséquent qu'elle est contraire à la Charte. Que l'on soit d'accord avec la majorité ou avec le juge Wilson, il faut se rappeler que la majorité des juges de la Cour suprême n'ont pas dit que le Parlement devait ériger en doctrine l'inversement du fardeau de la preuve, mais plutôt que si le Parlement décidait de le faire, cela ne porterait pas atteinte à la Charte.

## B. Anomalie historique

31. Dans son ouvrage capital, Rethinking Criminal Law, le professeur Fletcher retrace la manière dont le fardeau de la preuve est attribué dans des causes criminelles. Il fait remarquer que la règle de la common law, épousée par Foster et Blackstone et voulant que la défense doit faire la preuve de justifications, d'excuses et d'atténuation, est conçue pour des affaires aboutissant à un jugement spécial rendu sur les faits, et non pas pour celles qui aboutissent à un jugement général rendu sur la culpabilité de l'accusé. Il explique qu'en passant de spécial à général, on a créé une ambiguïté dans le fardeau de la preuve qui est resté camouflée pendant longtemps. Par conséquent, bien que la procédure ait changé, les affaires de la common law ont continué d'exiger que l'accusé fasse la preuve de légitime défense, de contrainte, d'aliénation mentale ou de provocation.
32. La question du fardeau de la preuve a fini par être revue par la Chambre des Lords dans la célèbre affaire Woolmington en 1935. La Chambre des Lords a jugé que le seul fil conducteur dans tout le tissu du droit pénal anglo-saxon était l'obligation pour la poursuite de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable; par conséquent, il incombe clairement au ministère public de faire la preuve de facteurs «atténuants» comme l'accident, la provocation ou la légitime défense.
33. Lorsque le fardeau de la preuve était laissé à l'accusé, comme dans l'affaire M'Naghten, les juges considéraient l'aliénation mentale au même titre que toutes les autres défenses à ce moment. Ils ne créaient pas de règle spéciale ou exceptionnelle dans le cas d'aliénation. Cependant, lorsque la Chambre des Lords, dans l'affaire Woolmington, a fini par renverser la tendance de laisser à l'accusé le fardeau de la preuve pour établir sa défense, ils ont commis l'erreur de croire, sans aucune analyse,

que l'arrêt M'Naghten constituait une règle spéciale et exceptionnelle et donc qu'il incombait toujours à l'accusé d'établir sa défense. Cette conclusion était erronée et, par conséquent, la règle valant pour les affaires d'aliénation mentale est maintenant anormale.

34. Au Canada, le fardeau de la preuve dans les Règles M'Naghten a été codifié en 1892, bien avant la décision de la Chambre des Lords dans l'affaire Woolmington. L'anomalie est donc codifiée au Canada. Une chose est claire, cependant, c'est que l'historique de la règle de droit ne confirme aucunement que la règle soit fondée sur la raison, la logique ou la doctrine. Elle est plutôt fondée sur la confusion historique et l'ambiguïté.

#### C. Illogisme et injustice

35. Il n'est pas logique que l'accusé doive prouver qu'il souffre de troubles mentaux par prédominance des probabilités, mais qu'il n'ait à soulever qu'un doute raisonnable lorsqu'il plaide une autre défense comme l'automatisme, l'absence de mens rea, l'intoxication ou la contrainte. Cela montre que la présomption d'innocence n'est pas prise bien au sérieux. Si l'accusé soulève seulement un doute raisonnable quant à son état mental (ou même un doute à 50 p. 100), il n'aura pas réussi à prouver qu'il souffrait de troubles mentaux et il sera déclaré coupable. Ce n'est pas le cas des autres défenses. Rupert Cross, un éminent spécialiste britannique, soutient avec acharnement que le fardeau imposé à l'accusé de prouver son aliénation est à la fois anormal et non justifié. Il dit que cette règle a pour effet de créer une présomption de culpabilité et qu'il doit y avoir des raisons bien graves pour qu'une législature se donne le droit d'agir ainsi.

36. En plus de traiter l'accusé présentant des troubles mentaux injustement par rapport aux autres accusés, il est injuste d'imposer le fardeau de la preuve à l'accusé plutôt qu'au ministère public étant donné que celui-ci a d'habitude à sa disposition bien plus de ressources que l'accusé.

#### D. Arguments théoriques

37. On invoque souvent les considérations pragmatiques suivantes pour imposer à l'accusé l'obligation de convaincre :
- (i) Il faut réduire la possibilité que l'on puisse réussir à fabriquer la défense d'aliénation mentale;

- (ii) Il est trop facile de créer un doute que l'accusé est sain d'esprit;
- (iii) Il est impossible de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé est sain d'esprit.

38. Ces considérations pragmatiques ne résistent pas à l'analyse. L'expérience aux États-Unis est particulièrement révélatrice. À compter de 1982, dans la moitié des États et devant tous les tribunaux fédéraux, dès qu'il existe un élément de preuve de l'aliénation mentale, la poursuite est obligée de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé est sain d'esprit. Cette obligation permet-elle la réussite d'une foule de défenses fabriquées d'aliénation mentale? Impose-t-elle au ministère public une charge intolérable ou impossible à relever? J'ai étudié les affaires rapportées dans ces ressorts pour l'année 1982. Dans presque toutes les affaires, il y avait au moins une certaine preuve par témoin-expert pour étayer la défense d'aliénation mentale. Mais la défense d'aliénation mentale n'a pas réussi dans 28 affaires sur 30. Le ministère public a fait sa preuve: l'accusé n'a pas réussi à soulever un doute raisonnable. Ces chiffres, s'ils veulent dire quelque chose, indiquent que le fardeau de soulever un doute raisonnable en matière d'aliénation mentale peut être un fardeau trop lourd plutôt que trop léger. (Soulignons que dans les ressorts où l'accusé avait l'obligation de convaincre, la défense d'aliénation mentale a échoué 16 fois sur 17.)

39. Dans l'arrêt Chaulk, le juge en chef Lamer dit : «Le paragraphe 16(4) est une pure règle de preuve dont l'objectif est de dispenser la poursuite de l'énorme difficulté de prouver que l'accusé est sain d'esprit, de façon à ce qu'on puisse le trouver coupable (p. 218).» Il conclut ensuite que cet objectif, soit d'éviter au ministère public un fardeau quasiment impossible, justifie le renversement de fardeau et qu'il s'agit d'une restriction raisonnable en vertu de l'article premier de la Charte.

Sauf respect, cette allégation d'énorme difficulté ne repose sur aucune preuve et contredit même l'expérience d'autres compétences. Il peut être difficile (ou quasiment impossible) de prouver qu'une personne est complètement saine d'esprit dans le sens le plus large du terme, mais il n'est pas exagérément ardu de prouver que la fonction

mentale de l'accusé était suffisante pour lui permettre d'apprécier la nature ou les conséquences de son geste et de savoir qu'il était répréhensible. De même, le professeur Healy de McGill et le professeur Stuart de Queen's s'opposent vivement tous les deux au logique et à la conclusion du juge en chef Lamer sur ce point. (Voir Healy, 2 C.R. (4<sup>e</sup>) p. 105-106, et Stuart, 2 C.R. (4<sup>e</sup>) p. 113-117.) Enfin, le juge Wilson (dissidente) rejette l'argument soulevé par le juge en chef Lamer, soit qu'en abaissant le niveau de preuve dans la défense d'aliénation, on facilite à l'accusé la fabrication d'une défense fondée sur ce motif. Elle se reporte (C.C.C. 250) à des études faites aux États-Unis (où le fardeau de preuve est moins exigeant) qui révèlent que les faux plaidoyers d'aliénation mentale ne sont pas problématiques.

40. Le English Criminal Law Revision Committee, dans son Eleventh Report (1972) et son Fourteenth Report (1980), recommande que le fardeau de la preuve soit changé de sorte que l'accusé n'ait qu'à soulever un doute raisonnable pour que soit établi le verdict d'aliénation mentale. Le gouvernement fédéral, dans son Rapport de 1984 (Projet sur le désordre mental. Révision du droit pénal), recommande de maintenir la règle actuelle.

## IV. LA RESPONSABILITÉ ATTÉNUÉE

41. Au paragraphe 8, j'ai indiqué que je préconisais un système de responsabilité atténuée, en plus de la défense d'aliénation mentale. Au cours de ses consultations, le ministère de la Justice a pris ces changements en considération, mais il a conclu néanmoins dans son Rapport de 1984 (Projet sur le désordre mental, p. 32) :

Il est recommandé, bien qu'il soit souhaitable à long terme d'adopter cette notion, de procéder à des recherches et à des consultations supplémentaires avant d'adopter dans le Code criminel des dispositions concernant la responsabilité atténuée.

42. J'ignore si le ministère de la Justice a mené d'autres recherches ou d'autres consultations à ce propos. Si le Comité parlementaire pense, comme moi, que la responsabilité atténuée devrait être incorporée dans le Code criminel, alors il faut retenir, à mon avis, le modèle décrit dans le Rapport de 1984 du ministère de la Justice.



Ce modèle s'ajouterait au critère d'aliénation mentale de la façon suivante :

- 1) Toute personne peut être partiellement excusée de la responsabilité pénale attachée à sa conduite si on peut prouver qu'elle ne possédait pas, en raison d'un désordre mental, une capacité substantielle de juger la nature, les conséquences ou le caractère mauvais de sa conduite ou de se conformer aux prescriptions de la loi.
- 2) Toute personne qui aurait bénéficié d'une excuse partielle conformément au paragraphe 1 de cet article sera jugée coupable d'une infraction à un degré moindre (ou au deuxième degré) et on pourra lui imposer les mêmes peines que celles qui sont applicables aux personnes déclarées coupables de la tentative de commettre l'infraction en question.

43. Dans son Rapport de 1984, le ministère de la Justice dit :

La question de la responsabilité atténuée a fait l'objet d'une discussion générale lors de nos consultations. Certains voulaient que le Code précise cette notion. Cette proposition entraînerait une diminution de la gravité de l'infraction. Les États-Unis ne connaissent pas cette forme de responsabilité atténuée; en Angleterre, elle n'existe que par rapport au meurtre (réduit à homicide involontaire coupable) et, au Canada, elle existe en cas de meurtre (réduit à infanticide aux termes de l'art. 216 du Code criminel ou encore à homicide involontaire coupable pour cause de provocation aux termes de l'art. 215). On a fait remarquer que la possibilité d'invoquer en Angleterre une responsabilité atténuée, ajoutée aux ordonnances de traitement en milieu hospitalier, a entraîné une forte diminution du recours à la défense d'aliénation mentale ces dernières années.

Certaines personnes en faveur de ce principe ont suggéré de ne l'appliquer qu'aux infractions les plus graves comme c'est le cas en Angleterre. D'autres se demandaient quel pourrait être l'effet de la responsabilité diminuée sur la question de la mens rea.

Le système et la société britanniques étant si différents des nôtres, on s'est demandé si l'adoption telle quelle de leur notion de responsabilité atténuée comportait certains risques. En outre, bien que l'on puisse trouver dans le Code des dispositions qui s'inspirent de cette notion, celle-ci ne jouit pas

d'un statut officiel dans ce pays et son adoption risquerait d'entraîner des problèmes considérables si l'on ne procédait pas auparavant à des études et des consultations supplémentaires.

La majorité des personnes consultées à ce sujet pensaient qu'il faudrait procéder à des recherches approfondies et à une large consultation avant de codifier la notion de «responsabilité atténuée».

44. J'ajouterais les remarques suivantes relativement à la défense de responsabilité atténuée :

(i) Cette proposition est formulée de manière à être conforme aux critères de troubles mentaux. Étant donné que ces critères sont vastes, c'est-à-dire que les troubles mentaux comportent de nombreux éléments, qu'il est tenu compte de l'incapacité cognitive et volitive, ainsi que de l'aspect répréhensible moralement ou légalement, les mêmes critères devraient être amplement suffisants dans le cas de la responsabilité atténuée.

(ii) Il importe de faire remarquer que ce critère, dans sa formulation actuelle, exclut les désavantages culturels, sociaux ou politiques (p. ex. la défense du ghetto) à moins que ces facteurs n'entrent dans le terme «troubles mentaux».

Que la responsabilité atténuée s'applique au-delà des «troubles mentaux» est une question distincte qui dépasse le cadre des présentes.

(iii) En Allemagne, la responsabilité atténuée s'applique à toutes les infractions mais elle sert statutairement à réduire la peine, et non le niveau ou le degré de l'infraction.

(iv) Soulignons aussi que les notions britanniques et allemandes de responsabilité atténuée qualifient l'incapacité de «substantielle».

45. Avantages

- (i) Cette proposition reconnaît qu'il n'y a pas de séparation très nette entre la raison et la folie, qu'il existe des degrés de responsabilité selon la gravité du trouble mental.
- (ii) Elle reconnaît la responsabilité partielle, non seulement en réduisant la peine mais en réduisant l'infraction. Ce dernier point est important parce que le nom donné à l'infraction indique en soi la gravité ou la culpabilité de l'accusé : meurtre par rapport à homicide involontaire, viol par rapport à viol atténué (ou viol au premier degré et viol au deuxième degré).

## V. IMPOSITION DE LA DÉFENSE D'ALIÉNATION CONTRE LE GRÉ DE L'ACCUSÉ

- 46. La tradition en Grande-Bretagne a toujours été que seul l'accusé peut invoquer la défense d'aliénation mentale : R. c. Smith (1910), C.A.R. 19. Deux processus sont possibles : (i) l'accusé soulève expressément la défense d'aliénation, ou (ii) l'accusé met en question son état mental, notamment en invoquant l'automatisme ou l'absence de mens rea, de manière à ce que la poursuite demande des preuves d'aliénation pour contester cette défense.
- 47. Il en était ainsi au Canada jusqu'en 1977, alors que le juge Martin a renversé cette position dans l'arrêt Simpson (1977), 35 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 337, appliqué subséquemment dans l'arrêt Saxell (1980), 59 C.C.C. (2<sup>e</sup>) 176 (C.A.O.). Compte tenu de ces affaires, le juge du procès peut maintenant autoriser le ministère public à invoquer la défense d'aliénation contre la volonté de l'accusé.
- 48. La règle Simpson/Saxell a été abolie et une nouvelle règle a été mise en place par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Swain (1991), 63 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 481. La majorité, selon le juge en chef Lamer, a jugé que la règle de la common law qui permet au ministère public de présenter une preuve d'aliénation mentale durant le procès contre le gré de l'accusé constituait un déni de justice qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale et qui ne peut être sauvegardé en vertu de l'article premier de la

Charte. La majorité est venue à la conclusion que la décision de soulever ou non la question de l'aliénation mentale faisait partie intégrante du droit de l'accusé de contrôler sa défense.

49. Dans l'arrêt Swain, la Cour a reconnu que la règle de la common law Simpson/Saxell visait deux objectifs :

- (i) (...) éviter la déclaration de culpabilité de personnes qui étaient peut-être aliénées au moment de l'infraction, mais qui refusent de présenter des preuves de leur aliénation;
- (ii) protéger le public contre des personnes qui sont peut-être dangereuses à l'heure actuelle et qui devraient être hospitalisées.

50. La Cour suprême a pensé à une nouvelle règle pour réaliser ce double objectif :

- (i) L'accusé pourrait soulever la question de l'aliénation mentale durant le procès;
- (ii) La poursuite pourrait le faire durant le procès si, de l'avis du juge du procès, l'accusé a d'une manière ou d'une autre mis en cause sa capacité mentale de former une intention criminelle;
- (iii) L'accusé ou le ministère public pourrait le faire après que le juge des faits a conclu que l'accusé est coupable de l'infraction mais avant que le prononcé de culpabilité ne soit officiellement rendu.

51. Le point (iii) dans la règle ci-dessus donne lieu à ce qu'on appelle des procès divisés ou bifurqués. Leur échec a été constaté en Californie et ailleurs. Il est difficile, voire impossible, de séparer la preuve de troubles mentaux de la preuve de l'actus reus et du mens rea.

52. Je recommande l'abolition du point (iii) ci-dessus et la codification des points (i) et (ii), ce qui nous ramènerait à la position de départ en common law, à la position britannique et à la position dans la majorité des territoires américains. Sur ce point, je ne partage pas l'avis du Groupe de travail de l'ABC qui recommande la position décrite dans l'arrêt Swain, y compris le point (iii) ci-dessus.



53. Ma recommandation se fonde sur la présomption que l'accusé, conseillé par son avocat, est capable de décider ou non s'il invoquera l'aliénation mentale. Cette décision doit être respectée pour les raisons suivantes :
- (i) Les droits individuels sont maintenant mieux protégés, y compris le droit de l'accusé de choisir sa propre défense;
  - (ii) Si l'accusé «doit porter les conséquences ultimes de décider» ou non s'il invoquera l'aliénation mentale, il doit avoir le droit de prendre lui-même cette décision;
  - (iii) Les raisons de l'accusé de prendre la décision délibérée et en connaissance de cause de ne pas plaider l'aliénation mentale l'emportent sur toute doctrine abstraite de justice;
  - (iv) Le fait d'imposer une défense d'aliénation mentale causerait plus de tort et serait moins juste que de ne pas l'imposer.
54. À mon avis, la loi devrait être modifiée pour que la poursuite, le juge ou l'avocat de la défense ne puissent pas imposer la défense d'aliénation mentale à un accusé contre son gré, si celui-ci en a décidé ainsi délibérément et en connaissance de cause, pourvu que les conditions suivantes soient satisfaites :
- (i) Si l'accusé qui refuse de plaider l'aliénation mentale est déclaré inapte à prendre une décision éclairée à ce sujet, on devrait lui rappeler d'attendre le procès s'il existe une chance raisonnable qu'il sera apte à décider dans un avenir prévisible.
  - (ii) Si l'accusé n'est pas apte à prendre la décision, ni susceptible de l'être dans un avenir prévisible, le tribunal devrait prendre la décision à sa place, en recourant au critère de «jugement par procuration». Autrement dit, si l'accusé était apte, que déciderait-il? S'il n'existe aucun fondement concret pour prendre une décision par procuration, le tribunal devrait décider ce que, à son avis, une personne raisonnable déciderait dans une situation semblable.

## VI. DURÉE MAXIMALE

55. Je souscris entièrement à la recommandation 20 contenue dans le mémoire de l'Association du Barreau canadien sur le projet de loi C-30, soit que les dispositions sur la durée maximale à l'article 672.64 devraient être modifiées. La recommandation de l'ABC devrait aussi s'étendre aux personnes considérées comme inaptes à subir un procès. La recommandation révisée pourrait être énoncée comme suit :

Que le paragraphe 672.64 soit modifié pour que, lorsqu'un verdict d'incapacité à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux est rendu à l'égard d'une personne, la durée maximale ne soit pas supérieure à la sentence que le tribunal aurait vraisemblablement imposée dans toutes les circonstances si l'accusé avait été reconnu coupable de l'infraction et qu'il est considéré comme atteint de troubles mentaux, mais à un degré moindre que toute exemption de responsabilité criminelle en vertu de l'article 16.

## VII. ORDONNANCE DE DÉTENTION DANS UN HÔPITAL

56. Les dispositions relatives à l'ordonnance de détention dans un hôpital aux paragraphes 736.11 à 736.14 sont nettement insuffisantes en raison de leur champ d'application limité :

- (i) En vertu du paragraphe 736.11, l'ordonnance de détention dans un hôpital est réservée au contrevenant qui est atteint de troubles mentaux en phase aiguë et lorsqu'un traitement immédiat s'impose d'urgence pour empêcher :
  - a) que ne survienne une détérioration sérieuse de sa santé physique ou mentale, ou
  - b) qu'il n'inflige à d'autres des lésions corporelles graves.

Remarques : Ces dispositions ne tiennent pas compte de la pénible situation des contrevenants atteints de troubles mentaux en phase subaiguë, ni des schizophrènes chroniques qui ne sont pas en phase aiguë, ou encore des arriérés mentaux et des nombreuses autres personnes qui sont atteintes de troubles mentaux.

- (ii) Aux termes de l'alinéa 736.11(2), même les rares malades aigus qui sont admissibles à une ordonnance de détention dans un hôpital se font dire par la loi qu'ils ont 60 jours pour se remettre, pas un de plus. Guéris ou non, ils reprennent le chemin de la prison au bout de 60 jours.
- (iii) Aux termes de l'alinéa 736.14a), les malades aigus qui ont été reconnus coupables de meurtre ou qui sont considérés comme dangereux en vertu de l'article 753 ne sont pas admissibles à une ordonnance de détention dans un hôpital, même s'il existe un établissement de soins à sécurité optimale.

Remarques : Ce simulacre de système de détention dans un hôpital tient à l'incapacité des autorités fédérales et provinciales de s'entendre sur l'autorité, les établissements et les modalités financières. C'est une honte fédérale-provinciale. Ce dont nous avons besoin, c'est d'un système complet et détaillé d'ordonnances de détention dans un hôpital, comme le préconisait la Commission de réforme du droit du Canada en 1976. Le Comité devrait recommander que l'on mette cette proposition en vigueur immédiatement.

Comme si cela ne suffisait pas, les provinces ont demandé aux autorités fédérales d'attendre encore deux à trois ans avant de proclamer l'entrée en vigueur de ces dispositions restreintes.

## VIII. AUTOMATISME

57. Je suis d'accord avec la recommandation du Groupe de travail de l'ABC concernant la défense d'automatisme (par. 7(1 à 5), p. 21-22). Cependant, j'ajouterais deux alinéas prévoyant un verdict spécial et une disposition spéciale pour les acquittements en raison d'automatisme. La Cour suprême du Canada dans l'arrêt Parks (somnambulisme) a

d'ailleurs suggéré qu'une recommandation de cette nature soit prise en considération. Ainsi, le juge McLachlin a déclaré que la possibilité d'ordonnances de surveillance dans cette situation était une question que le Parlement pourrait vouloir considérer dans un avenir rapproché.

58. Je recommande les ajouts suivants à l'article 7 de la proposition du Groupe de travail de l'ABC :

<i>Special Verdict</i>	(6)	Lorsqu'une preuve d'automatisme est donnée au procès et que l'accusé est acquitté, le juge ou les jurés doivent déclarer que l'accusé a été acquitté en raison d'automatisme.
----------------------------	-----	---

<i>Special Disposition</i>	(7)	Lorsque l'accusé est déclaré non responsable en raison d'automatisme, la Cour peut disposer de l'affaire de la même manière que si la personne avait été déclarée non coupable en raison de troubles mentaux, pourvu que l'état d'automatisme soit susceptible de se produire à nouveau d'une manière qui constitue un risque substantiel pour la vie ou la sécurité d'autrui; cette personne doit être sujette à la même protection, procédure et révision que les personnes trouvées non coupables en raison de troubles mentaux.
--------------------------------	-----	---

#### Remarques

59. La création d'un verdict spécial de non-responsabilité en raison d'automatisme et de dispositions spéciales dans les cas où l'automatisme est susceptible de se produire à nouveau et où la personne constitue un risque substantiel pour la vie ou la sécurité d'autrui s'inspirent toutes deux de la défense d'aliénation mentale.
60. L'obligation pour le juge ou les jurés de déclarer que l'accusé est acquitté en raison d'automatisme a pour effet de créer un verdict spécial de non-responsabilité en raison d'automatisme. À cet égard, il est semblable au verdict spécial pour la défense d'aliénation mentale et est justifié pour les mêmes raisons que le verdict spécial de troubles mentaux.



61. Dans la mesure où des dispositions spéciales de détention dans un hôpital sont justifiées à l'égard des personnes acquittées en raison de troubles mentaux, des dispositions semblables dans le cas d'automatisme sont justifiées lorsque la personne continue de présenter un danger pour le public.
62. À l'heure actuelle, l'alinéa (7) ne fait que recommander que les personnes qui ont été acquittées en raison d'automatisme et qui continuent de présenter un danger pour la société devraient être traitées de la même manière que les personnes acquittées en raison de troubles mentaux qui demeurent aussi un danger pour la société. Le Sous-comité devrait étudier plus à fond que je ne l'ai fait la question de savoir si la démarche proposée à l'alinéa (7) suffit dans les cas d'automatisme susmentionnés.



















**MAIL  POSTE**

Canada Post Corporation/Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

**Lettermail**

**Poste-lettre**

**K1A 0S9  
Ottawa**

*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canada Communication Group — Publishing  
45 Sacré-Cœur Boulevard,  
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*  
Groupe Communication Canada — Édition  
45 boulevard Sacré-Cœur,  
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9

**WITNESSES**

*From the Criminal Code Recodification Task Force of the Canadian Bar Association:*

Richard C. C. Peck, Q.C., (Vancouver), Chair;

Sheldon Pinx, Q.C., (Winnipeg), Member;

Michelle K. Fuerst (Toronto), Member;

Professor Gerry Ferguson, University of Victoria.

On mental disorder: Professor Gerry Ferguson, University of Victoria.

**TÉMOINS**

*Du groupe de travail sur la nouvelle codification du droit pénal de l'Association du Barreau canadien:*

Richard C.C. Peck, c.r., (Vancouver), Président;

Sheldon Pinx, c.r., (Winnipeg), membre;

Michelle K. Fuerst (Toronto), membre;

Professeur Gerry Ferguson, Université de Victoria.

Sur les troubles mentaux: Professeur Gerry Ferguson, Université de Victoria.

HOUSE OF COMMONS

Issue No. 6

Thursday, November 19, 1992

Chairperson: Blaine Thacker

CHAMBRE DES COMMUNES

Fascicule n° 6

Le jeudi 19 novembre 1992

Président: Blaine Thacker

*Minutes of Proceedings and Evidence of the Sub-Committee on the*

*Procès-verbaux et témoignages du Sous-comité sur la*

# Recodification of the General Part of the Criminal Code

# Recodification de la Partie générale du Code criminel

*of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General*

*du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général*

## RESPECTING:

Pursuant to Standing Order 108(1)(a) and (b) and the Order of Reference of June 13, 1991 of the Standing Committee to the Sub-Committee, consideration of the recodification of the General Part of the *Criminal Code*

## CONCERNANT:

Conformément à l'article 108(1)a) et b) du Règlement et de l'Ordre de renvoi du Comité permanent du 13 juin 1991 au Sous-comité, considération de la recodification de la partie générale du *Code criminel*

## WITNESSES:

(See back cover)

## TÉMOINS:

(Voir à l'endos)



Third Session of the Thirty-fourth Parliament,  
1991-92

Troisième session de la trente-quatrième législature,  
1991-1992

SUB-COMMITTEE ON THE RECODIFICATION OF  
THE GENERAL PART OF THE CRIMINAL CODE OF  
THE STANDING COMMITTEE ON JUSTICE AND THE  
SOLICITOR GENERAL

*Chairperson:* Blaine Thacker

Members

Rod Laporte  
George Rideout—(3)

(Quorum 2)

Richard Dupuis

*Clerk of the Sub-Committee*

SOUS-COMITÉ SUR LA RECODIFICATION DE LA  
PARTIE GÉNÉRALE DU CODE CRIMINEL DU  
COMITÉ PERMANENT DE LA JUSTICE ET DU  
SOLLICITEUR GÉNÉRAL

*Président:* Blaine Thacker

Membres

Rod Laporte  
George Rideout—(3)

(Quorum 2)

*Le greffier du Sous-comité*

Richard Dupuis

## MINUTES OF PROCEEDINGS

THURSDAY, NOVEMBER 19, 1992  
(11)

[Text]

The Sub-Committee of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General on the Recodification of the General Part of the Criminal Code met at 3:40 o'clock p.m. this day, in Room 308, West Block, the Chairman, Blaine Thacker, presiding.

*Members of the Sub-Committee present:* Rod Laporte, George Rideout and Blaine Thacker.

*In attendance: From the Research Branch of the Library of Parliament:* Philip Rosen, Senior Analyst; James W. O'Reilly, Legal Counsel.

*Witnesses: From the Canadian Psychiatric Association:* Dr. Maralyn J. MacKay, Board of Directors and Chair-Elect, Section on Women's Issues; Dr. Nizar Ladha, Provincial Director representing Newfoundland and Chair, Section on Forensic Psychiatry. *From the Canadian Police Association:* Neal Jessop, President and Chairman of the Legislation Committee; Scott Newark, Legal Counsel and James M. Kingston, Chief Executive Officer.

The Sub-Committee resumed consideration of its Order of Reference of June 13, 1991 of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General to the Sub-Committee. (*See Minutes of Proceedings and Evidence, dated Wednesday, March 25, 1992, Issue No. 1*).

Dr. Maralyn J. MacKay from the Canadian Psychiatric Association made an opening statement and with Dr. Nizar Ladha, answered questions.

In accordance with an order adopted on Wednesday, March 25, 1992, the Chairman authorized that the brief presented to the Sub-Committee by the Canadian Psychiatric Association be printed as an appendix to this day's Minutes of Proceedings (*See Appendix "CODE-8"*).

At 4:30 o'clock p.m., the sitting was suspended.

At 4:35 o'clock p.m., the sitting resumed.

Neal Jessop and Scott Newark each made an opening statement and with James M. Kingston, answered questions.

At 5:05 o'clock p.m., the Sub-Committee adjourned to the call of the Chair.

Richard Dupuis

*Clerk of the Sub-Committee*

## PROCÈS-VERBAL

LE JEUDI 19 NOVEMBRE 1992  
(11)

[Traduction]

Le Sous-comité sur la recodification de la partie générale du Code criminel du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général, se réunit à 15 h 40, dans la salle 308 de l'édifice de l'Ouest, sous la présidence de Blaine Thacker (*président*).

*Membres du Sous-comité présents:* Rod Laporte, George Rideout et Blaine Thacker.

*Aussi présents: Du Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement:* Philip Rosen, analyste principal; James W. O'Reilly, conseiller juridique.

*Témoins: De l'Association des psychiatres du Canada:* D<sup>re</sup> Maralyn J. MacKay, membre du conseil et présidente élue, Section sur les questions de la femme; D<sup>r</sup> Nizar Ladha, directeur (Terre-Neuve), président, Section de la psychiatrie légale. *De l'Association canadienne des policiers:* Neal Jessop, président, et président du Comité sur la législation; Scott Newark, conseiller juridique; James M. Kingston, directeur général.

Le Sous-comité reprend les travaux prévus à son ordre de renvoi du jeudi 13 juin 1991 reçu du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général (*voir les Procès-verbaux et témoignages du mercredi 25 mars 1992, fascicule n° 1*).

Maralyn J. MacKay, de l'Association des psychiatres du Canada, fait un exposé et, de même que Nizar Ladha, répond aux questions.

Suivant l'ordre adopté le mercredi 25 mars 1992, le président permet que le mémoire présenté par l'Association des psychiatres du Canada, figure en annexe aux *Procès-verbaux et témoignages* d'aujourd'hui (*Voir appendice «CODE-8»*).

À 16 h 30, la séance est suspendue.

À 16 h 35, la séance reprend.

Neal Jessop et Scott Newark font chacun un exposé puis, avec James M. Kingston, répondent aux questions.

À 17 h 05, le Sous-comité s'ajourne jusqu'à nouvelle convocation du président.

*Le greffier du Sous-comité*

Richard Dupuis



[Text]

## EVIDENCE

[Recorded by Electronic Apparatus]

Thursday, November 19, 1992

• 1544

**The Chairman:** I call the meeting to order. We are resuming consideration of our study of the Criminal Code with a view to developing a new part to the Criminal Code of Canada.

Colleagues, we're very privileged to have as our first delegation or group this afternoon members from the Canadian Psychiatric Association. I'll introduce Dr. Maralyn MacKay. Dr. MacKay is with the board of directors and she's the Chair-Elect of the Section on Women's Issues.

Dr. MacKay, would you be kind enough to introduce your two colleagues to us. Then, if you'll make your presentation, we'll follow that up with question.

**Dr. Maralyn J. MacKay (Member, Board of Directors, and Chair-Elect, Section on Women's Issues, Canadian Psychiatric Association):** With me today are Dr. Werner Pankratz, the Chairman of the Canadian Psychiatric Association; and Dr. Nizar Ladha. Dr. Ladha is head of the Forensics Section of the Canadian Psychiatric Association.

**The Chairman:** I might explain to you that the reason we are only two this afternoon is that our colleague Mr. Laporte, from the NDP Party, suddenly had to go back to Saskatchewan. We are a subcommittee of the full committee of the justice committee, and there are only three of us to start with. Mr. Rideout and I will do our very best, and we will be reporting back to the full committee.

**Dr. MacKay:** Perhaps what I can do is review the brief that we have submitted. The Canadian Psychiatric Association, on behalf of its 2,400 members, welcomes the opportunity to discuss the draft document towards a general part of the Criminal Code of Canada. The CPA is pleased to offer comment on the revision of those parts of the Criminal Code that govern the arrangements our society provides for persons both mentally ill and in conflict with the law, specifically today those that pertain to the concept of automatism.

• 1545

The CPA wishes to address the concept of automatism as outlined in the document, and we offer a list of our concerns and the recommendations that arise out of these concerns. Our recommendations below incorporate the following assumptions.

With respect to automatism, the law historically has been influenced by the Cartesian mind-body dichotomy. In this model, functional illness roughly correlates with diseases of the mind and organic illnesses with diseases of the brain or the body. Organic mental disorders are defined as those disorders causally related to demonstrable pathology. Functional mental disorders are those disorders in which there is no demonstrable pathology.

[Translation]

## TÉMOIGNAGES

[Enregistrement électronique]

Le jeudi 19 novembre 1992

**Le président:** La séance est ouverte. Nous reprenons notre étude de la recodification de la Partie générale du Code criminel.

Chers collègues, nous sommes très honorés cet après-midi d'avoir comme première délégation ou premier groupe des représentants de l'Association des psychiatres du Canada. Je vous présente M<sup>me</sup> Maralyn MacKay. M<sup>me</sup> Maralyn MacKay est membre du Conseil d'administration et présidente élue de la Section sur les questions de la femme.

Madame MacKay, auriez-vous l'obligeance de nous présenter vos deux collègues. Ensuite, vous voudrez bien faire votre exposé et nous finirons par des questions.

**Dre Maralyn J. MacKay (membre, Conseil d'administration, et présidente élue, Section sur les questions de la femme, Association des psychiatres du Canada):** Je suis accompagnée de M. Werner Pankratz, le président de l'Association des psychiatres du Canada, et de M. Nizar Ladha. M. Ladha dirige la Section de la psychiatrie légale de l'Association des psychiatres du Canada.

**Le président:** J'aimerais vous expliquer que si cet après-midi nous ne sommes que deux, c'est parce que notre collègue M. Laporte du parti Néo-démocrate a dû retourner subitement en Saskatchewan. Nous sommes un sous-comité du comité plénier de la justice et nous ne sommes que trois pour commencer. M. Rideout et moi-même ferons de notre mieux et nous présenterons un rapport au comité plénier.

**Dre MacKay:** Je pourrais peut-être simplement vous lire le mémoire que nous vous avons envoyé. L'Association canadienne des psychiatres, au nom de ses 2 400 membres, est heureuse de contribuer à la discussion entourant le document préliminaire «Proposition de nouvelles dispositions générales du Code criminel du Canada». Nous tenons à donner notre avis sur la révision des parties qui régissent le traitement réservé par la société aux personnes qui souffrent de troubles mentaux et qui ont enfreint la loi, plus particulièrement les parties qui concernent l'automatisme.

L'Association a examiné la notion d'automatisme telle qu'elle est abordée dans ce document et elle désire faire part au comité des recommandations qui découlent de cette étude.

Au sujet de l'automatisme, la règle de droit a toujours été influencée par la dichotomie cartésienne mettant en opposition le corps et l'esprit. Dans ce modèle, une maladie fonctionnelle correspond en gros à une maladie de l'esprit, et une maladie organique, à une maladie du cerveau, ou du corps. Les troubles mentaux organiques sont définis comme des troubles qui sont causés par une pathologie vérifiable. Les troubles mentaux fonctionnels, eux, sont définis comme des troubles où n'existe pas de pathologie vérifiable.

## [Texte]

However, with modern technology this distinction is disappearing. The ability to produce scans that reflect cellular function allowing visualization of anatomical features of the living brain of smaller and smaller dimensions makes it possible to identify abnormalities in brain structure and function and illnesses that were previously identified as functional. One example is that CT scans of the brain show an increase in ventricular size in schizophrenia. PET scans identify patterns of glucose utilizations that differ in schizophrenia, depression, and the normal brain. Sophisticated biochemical markers offer the promise to identify illnesses previously considered functional as organic. As this continues, the brain-mind dichotomy and the functional-organic distinction becomes less useful and less correct.

The recent amendments use the term "mental disorder". This is meant to replace what was defined in law as disease of the mind. Mental disorder includes broad categories in current psychiatric classification systems, one of which is organic mental disorder.

Mind, when defined in the metaphysical sense or on the basis of where it resides or what it looks like, appears to be an abstract concept. However, when the mind is defined functionally, that is from the perspective of what it does, then it becomes clear the mind is a physical, practical, and demonstrable entity. The mind thinks, has feelings, has memory, has judgment, creates gestures, directs behaviour, and has an awareness of the function of the human person and surroundings. Therefore, when the mind is conceptualized in terms of what it does, it becomes at once a practical, demonstrable, and a biological system of the human person. This system is intimately tied with other systems in the human body, such as the endocrine, cardiovascular, respiratory, and indeed all systems of the body.

Hypoglycemia, hypo or hyperthyroidism, which are disturbances of the endocrine system, can cause disturbances of the function of the brain which can lead to mental disorders and abnormal behaviours that may be against the law. Such mental disorders are termed organic mental disorders in the modern psychiatric classification of disorders. The fact that the original dysfunction, such as hypoglycemia, is outside of the brain only points to the cause of the mental disorder. It nevertheless is an organic mental disorder caused by a disturbance in the body of enough severity to affect the function of the mind. There are of course conditions of hypoglycemia of a mild form that are not sufficient to cause a disturbance of mental function.

Temporal lobe epilepsy, sometimes known as a partial complex seizure, is another example. During an epileptic seizure, called the ictal state, or during the period immediately following the seizure, called the post-ictal state, a person may behave in an abnormal or illegal way. This behaviour is not independent of the person's mind. It is a result of an organic disorder of the mind affected by electrical disturbances in the brain which can be demonstrated on

## [Traduction]

Cependant, la technologie moderne fait graduellement disparaître cette distinction. Grâce à la capacité d'obtenir des scanographies qui reflètent la fonction cellulaire et qui permettent de visualiser les caractéristiques anatomiques cérébrales de plus en plus minuscules, on peut désormais identifier des anomalies structurelles et fonctionnelles dans le cerveau de personnes souffrant de maladies qui étaient considérées comme fonctionnelles. Par exemple, des scanographies du cerveau chez des schizophrènes révèlent une augmentation ventriculaire. Par ailleurs, la tomographie par émission de positrons indique que le glucose n'est pas utilisé pareillement dans la schizophrénie, la dépression et le cerveau normal. De nouveaux marqueurs biochimiques prometteurs nous amèneront peut-être à définir comme organiques des maladies qui ont toujours été considérées comme fonctionnelles. Avec le temps, la distinction entre cerveau et esprit et entre fonctionnel et organique deviendra moins utile et moins pertinente.

Dans les dernières révisions, le terme «troubles mentaux», est utilisé pour remplacer ce que la loi définissait comme une maladie mentale. Dans le système actuel de classification psychiatrique, les troubles mentaux comprennent de grandes catégories, dont les troubles mentaux organiques.

Lorsqu'il est défini au sens métaphysique du terme ou en fonction de l'endroit où il siège et de son apparence, l'esprit appartient davantage aux notions abstraites. Cependant, lorsqu'il est défini selon sa fonction, c'est-à-dire dans l'optique de ce qu'il fait, il devient évident que l'esprit est une entité physique, concrète et vérifiable. L'esprit pense, ressent, se souvient, juge, crée des gestes, commande le comportement et est conscient du rôle de l'être humain et de son entourage. Par conséquent, lorsque l'esprit est envisagé en fonction de son utilité, il devient aussitôt un système concret, vérifiable et biologique de l'être humain. Ce système est étroitement lié aux autres systèmes de l'organisme, notamment le système endocrinien, le système cardiovasculaire, le système respiratoire, en fait tous les systèmes.

L'hypoglycémie, l'hypothyroïdie ou l'hyperthyroïdie, qui sont des perturbations du système endocrinien, peuvent amener une dysfonction cérébrale pouvant se traduire par des troubles mentaux et des comportements anormaux et contraires à la loi. Ces troubles mentaux sont appelés troubles mentaux organiques d'après la classification de la psychiatrie moderne. Le fait que la dysfonction primaire, par exemple l'hypoglycémie, soit en dehors du cerveau ne fait que souligner la cause des troubles mentaux; il reste cependant que c'est un trouble mental organique causé par une perturbation suffisamment grave pour avoir un effet sur la fonction du cerveau. Certaines hypoglycémies bénignes ne causent pas de perturbation des fonctions mentales.

Un autre exemple est l'épilepsie temporelle, appelée parfois crises complexes partielles. Pendant une crise d'épilepsie ou immédiatement après, il est possible que le sujet ait un comportement anormal et contraire à la loi. Ce comportement n'est pas indépendant de l'esprit. Il résulte d'un trouble mental organique provoqué par des perturbations électriques du cerveau, lesquelles peuvent être vérifiées par électro-encéphalogramme (EEG). Le



## [Text]

EEG. The body therefore is functioning with a disordered brain and mind in command, and not independently of the brain and the mind.

In dementia, such as Alzheimer's disease, memory and judgment are affected, as they are in somebody suffering from a stroke, as they may be in somebody who has pneumonia. The infection of the pneumonia can lead to an organic mental disorder in a susceptible person.

Sleepwalking and somnambulism is also a disorder demonstrable by EEG. In the illnesses cited above, they are physical illnesses causing organic mental disorders, and they may recur or they may be permanent. All require careful psychiatric and medical monitoring.

## • 1550

The next point we would like to make is that automatism, the concept itself, assumes a dichotomy of the mind and body. When it is said that the accused functions as an automaton, it is meant that the body is acting independently and separately from the mind. Such an assumption is erroneous. The behaviour and the function of the body is always governed by the mind, whether it is normal or disordered.

The concept of automatism based on a factor external and affecting the mind can't be supported. The difficulties with the concept of automatism are many, but they include the following. First, we currently understand that disturbances in behaviour, emotion, and cognition reflect altered brain function, whether the cause is a blow to the head, carbon monoxide poisoning, brain tumours, stroke, schizophrenia, whatever. In that sense, all are mental disorders.

The second point is that some behavioural disturbances included in automatism—for example, somnambulism—have been demystified by medical science. The sleep laboratory EEG is abnormal in somnambulists, hence the behaviour becomes the result of altered brain physiology and not a mystical experience.

Third, some causes of disturbance in behaviour, emotion, and cognition, which by law have been included in automatism, have the potential for recurrence.

The distinction between sane and insane automatism has come only to be meaningful in a legal sense. Behaviours classified in law as sane and insane automatism are both the result of identifiable mental disorders.

The last point we would like to make about this is that the use of the term "dissociative state" in law differs significantly from current psychiatric nomenclature. Dissociative states in current psychiatric nomenclature include: one, highway hypnosis; two, multiple personality disorders; three, psychogenic fugue; and four, somnambulism. In these states the body does not function independently of the brain but operates as a result of a mental disorder. The dissociative states caused by an external factor such as hypoglycemia are mental disorders, and such disorders may be discreet and short lived but may have the potential for recurrence.

## [Translation]

fonctionnement du corps, étant commandé par un cerveau et un esprit désordonnés, n'est pas indépendant de ceux-ci.

Dans les cas de démence, la maladie d'Alzheimer, par exemple, la mémoire et le jugement sont perturbés, comme ils peuvent l'être après un accident cérébro-vasculaire ou une pneumonie. L'infection par la pneumonie peut amener un trouble mental organique chez des personnes vulnérables.

Le somnambulisme est aussi un trouble mental vérifiable par EEG. Toutes les pathologies susmentionnées sont des maladies physiques qui provoquent des troubles mentaux organiques et qui sont susceptibles d'être récurrentes ou permanentes. Toutes nécessitent une étroite surveillance psychiatrique et médicale.

Nous aimerions ajouter que l'automatisme implique la séparation du corps et de l'esprit. Lorsqu'on dit d'un accusé qu'il s'est comporté comme un automate, on veut dire qu'il a agi indépendamment de sa volonté. Cette prémisse est fautive. Notre comportement et notre fonctionnement sont toujours gouvernés par l'esprit, qu'il soit sain ou non.

Pour ces raisons, nous ne pouvons accepter la notion d'automatisme fondé sur un facteur extracérébral qui agit sur l'esprit. Voici quelques-unes des raisons qui motivent notre position. Premièrement, nous savons maintenant que les troubles comportementaux, émotionnels et cognitifs traduisent une altération des fonctions cérébrales—qu'il s'agisse d'un coup à la tête, d'un empoisonnement par monoxyde de carbone, d'une tumeur au cerveau, d'un accident cérébro-vasculaire, de la schizophrénie, etc. Ce sont tous des troubles mentaux.

Deuxièmement, certains troubles de comportement compris dans l'automatisme, le somnambulisme par exemple, ont été démystifiés par la science médicale. Le tracé d'un EEG pris durant le sommeil d'un somnambule est anormal, ce qui signifie que le comportement résulte d'une altération de la physiologie du cerveau et non d'une expérience mystique.

Troisièmement, certaines causes de troubles comportementaux, émotionnels et cognitifs qui, dans la jurisprudence, font partie de l'automatisme peuvent être récurrentes.

La distinction entre automatisme sain et automatisme malade n'a guère de sens sauf au point de vue juridique. Les comportements considérés en droit comme relevant d'un automatisme sain ou malade résultent de troubles mentaux identifiables.

Enfin, nous aimerions préciser que l'utilisation en droit du terme «état de dissociation mentale» diffère beaucoup de la nomenclature actuelle en psychiatrie. Les états de dissociation mentale dans la nomenclature psychiatrique actuelle comprennent: premièrement, l'hypnose du conducteur; deuxièmement, les troubles multiples de la personnalité; troisièmement, la fugue psychogène; et quatrièmement, le somnambulisme. Lorsqu'il est dans cet état, le corps ne fonctionne pas indépendamment de l'esprit mais en fonction d'un trouble mental. L'état de dissociation causé par un facteur extrinsèque comme l'hypoglycémie est un trouble mental. Celui-ci peut être discret et passager, mais il peut aussi être récurrent.

[Texte]

Out of these concerns we would like to make two recommendations. The first is that the illnesses that are thought to cause automatism are mental disorders, and as such they should fall under the present legal definition of mental disorder and be dealt with under the new law governing mentally disordered offender. This law allows the flexibility of the disposition of the accused as appropriate under section 672.54.

The second, which really falls out of the first, is that this concept of automatism has no place in law. It's the wish of the Canadian Psychiatric Association that it be abolished. Given that that may not be practical, at least we would ask that it not be codified.

**The Chairman:** Thank you very much.

Mr. Rideout, would you start us off, please.

**Mr. Rideout (Moncton):** I'll try. Where angels fear to tread, I guess. . .

**The Chairman:** Could you put that in laymen's language?

**Dr. MacKay:** That's really a very difficult issue, because one of the problems we repeatedly come up against is that a legal definition of a phrase such as "disease of the mind" and the usual common, vernacular medical use of the word are different. Again, we see this with "dissociative state", which I attempted to define specifically in number E, because in the document the use of the term "dissociative state" is used in a way to describe entities that we in modern medical language would call "organic mental disorders" not "dissociate states".

• 1555

It's very difficult, in the courtroom setting, where you have lawyers and sometimes judges who don't work in this area taking evidence from physicians who are asked a question, not understanding what the legal definition of "disease of the mind" implies, and who will answer that question assuming a medical perspective on what a disease is. It's not an easy area. I think the legislation has to make it as user-friendly as possible.

**Mr. Rideout:** I don't know where to begin. You indicated that there's a dichotomy of mind and body, and automatism assumes that dichotomy. While I may accept that, what I'm grappling with is whether it is conceivable that a person may do some things that he or she can't control because of maybe an organic mental disorder or whatever. When the law looks at the criminal law side of things and talks about *mens rea* and *actus reus* and forming all of that intent, how can we deal with that situation? I gather what you're going to tell me is just to put that down as a mental disorder and throw that all into that one category and leave automatism out?

**Dr. Nizar Ladha (Provincial Director, Newfoundland, and Chair, Section on Forensic Psychiatry, Canadian Psychiatric Association):** I think the new amendments have given us a very good opportunity. You see, as I understand some of the

[Traduction]

En conséquence, nous aimerions recommander deux choses. Premièrement, les maladies qui sont réputées provoquer l'automatisme sont des troubles mentaux. Elles devraient être régies par la présente définition juridique de trouble mental et être jugées en vertu de la nouvelle loi sur les contrevenants atteints de troubles mentaux. Cette loi donne la latitude voulue pour disposer du cas comme il se doit en vertu de l'article 672.54.

Deuxièmement, et c'est le corollaire de la première recommandation, la notion d'automatisme n'a pas sa place en droit, et elle devrait être abolie. Étant donné que ce n'est peut-être pas pratique, nous voudrions que pour le moins cette notion ne soit pas codifiée.

**Le président:** Merci beaucoup.

Monsieur Rideout, voudriez-vous commencer, s'il vous plaît.

**M. Rideout (Moncton):** Je vais essayer. Là où les anges n'osent mettre les pieds, je suppose. . .

**Le président:** Pourriez-vous nous dire cela en termes plus simples?

**Dre MacKay:** C'est une question très difficile car un des problèmes auxquels nous nous heurtons périodiquement est le fait que la définition juridique d'une expression telle que «maladie de l'esprit» et l'utilisation médicale courante et habituelle du terme sont différentes. Nous retrouvons ce problème lorsqu'il est question de cet «état de dissociation mentale» que j'ai essayé de définir avec précision tout à l'heure, car dans le document l'expression «état de dissociation mentale» renvoie à des entités qu'en langage médical moderne nous qualifierions de «troubles mentaux organiques» et non pas d'«états de dissociation mentale».

C'est très difficile, dans une salle de tribunal où des avocats et parfois des juges n'ont pas l'habitude d'entendre le témoignage de médecins qui ne comprennent pas ce qu'englobe la définition juridique de l'expression «maladie de l'esprit» et qui répondent aux questions en donnant un point de vue médical. Ce n'est pas un domaine facile. Je pense que la loi devrait aussi facile à interpréter que possible.

**M. Rideout:** Je ne sais trop où commencer. Vous avez indiqué qu'il y a une dichotomie entre le corps et l'esprit et que l'automatisme suppose que cette dichotomie existe bel et bien. Je suis prêt à accepter cela, mais je me demande s'il est concevable qu'une personne puisse poser des gestes indépendants de sa volonté en raison de troubles mentaux organiques. Comment pouvons-nous traiter cette situation alors que le droit pénal contient des dispositions sur le *mens rea*, l'intention coupable, et sur *actus reus*, l'acte coupable, et d'autres moyens de déterminer l'intention? Je suppose que vous allez me dire que la notion de troubles mentaux suffit et que l'on peut abandonner celle de l'automatisme?

**Dr Nizar Ladha (directeur provincial pour Terre-Neuve et président, Section de la psychiatrie légale, Association des psychiatres du Canada):** Je pense que les nouvelles modifications nous offrent une excellente occasion. Selon



## [Text]

legal decisions and the reasoning behind the verdict of non-insane automatism—and that's what we're really concerned about, because the insane automatism is considered a mental disorder anyway—if a person is perceived to have committed an offence and he is perceived in law to be acting without a mind, then how can you punish him? If we do find him mentally ill, why should we lock him up. After all, he's not responsible and he's not mentally disordered?

Somebody who gets a blow on the head is a very concrete example. The new amendments allow the judge to send that person home. He can be found not criminally responsible as a result of mental disorder, which is exactly what a blow on the head is if the resulting behaviour is uncharacteristic, dangerous, and illegal. The judge can send him home, but it then allows society to be protected from the unlikely event that this person might act dangerously again.

The judge can send him home with conditions. That person may develop epilepsy a year from now; he may become more impulsive because of certain scarring of the brain as a result of that single blow. It then allows us, as agents of society, if you like, to monitor that person, with his liberty intact, except for this slight infraction of being followed up by a doctor. I think that's a very small price for a person to pay if he has taken somebody's life as a result of a blow on the head. The same thing applies to a psychological blow.

**Mr. Rideout:** So if I understand where you're coming from, is your concern more in relation to putting some kind of protection, or the judge having some right to keep hold of this person in some way, or the medical profession, in some fashion?

• 1600

**Dr. MacKay:** No, I don't think that's really what we're saying. That's a possibility, but what we're saying is that with the new amendments, because at the time of the finding of not criminally responsible due to mental disorder the judge can make a disposition right at the time of the finding of this verdict. . . The disposition can include an absolute discharge if that seems appropriate with the evidence before him. It can include a discharge with conditions, and a condition can be really anything the judge so wishes, be it as simple as being asked to see a doctor once more in a month, or as extensive as remaining in hospital until the board of review reviews the case.

The judge really has those discretionary powers under the new legislation. Because that is there all the way from being detained in safe custody to an absolute discharge and anything in between, there's no longer the need to exclude people from this group of NGRI's in the old system, which had a very onerous implication if you were found NGRI.

On the other side, we're saying that with modern medicine we're beginning to understand that all of these things ultimately come down to a disorder of brain function. A blow to the head—a concussion, as it would be called

## [Translation]

mon interprétation de certaines décisions juridiques et du raisonnement sur lequel repose un verdict d'automatisme malade—et c'est vraiment ce qui nous préoccupe car l'automatisme malade est de toute façon un trouble mental—si une personne est soupçonnée d'avoir commis une infraction et qu'aux termes de la loi elle n'avait pas toutes ses facultés lorsqu'elle a commis cet acte, il est difficile de la punir. Si nous jugeons qu'elle souffre d'une maladie mentale, pourquoi l'enfermer? Après tout, elle n'est pas responsable et ne souffre pas de troubles mentaux?

Une personne qui reçoit un coup à la tête est un exemple très concret. Les nouvelles modifications permettent au juge de renvoyer cette personne chez elle. Elle peut être déclarée libre de toute responsabilité criminelle en raison d'un désordre mental, et c'est exactement ainsi qu'on définirait un comportement inhabituel, dangereux et illégal provoqué par un coup à la tête. Le juge peut la libérer mais il est ensuite possible de protéger la société contre le risque improbable que cette personne commette un autre acte dangereux.

Le juge peut la libérer en imposant certaines conditions. Cette personne peut commencer à souffrir d'épilepsie un an plus tard; elle peut devenir plus impulsive en raison de cicatrices au cerveau provoquées par ce seul coup. Cela nous permet, à titre d'agents de la société en quelque sorte, de surveiller cette personne, tout en la laissant libre, la seule légère entorse à cette liberté étant ce suivi médical. Je pense que pour une personne qui en a tué une autre à cause d'un coup à la tête, c'est un bien faible prix à payer. Le même raisonnement pour un traumatisme psychologique.

**M. Rideout:** Donc, si j'ai bien compris votre position, vous voulez qu'il y ait certains mécanismes de protection, soit en donnant au juge le droit de faire surveiller cette personne d'une manière quelconque ou en la confiant à la surveillance du corps médical?

**Dre MacKay:** Non, je ne pense pas que nous ayons dit cela. C'est une possibilité, mais ce que nous disons c'est que les nouvelles modifications permettent au juge de prendre une décision dès qu'est rendu un verdict de non-responsabilité criminelle en raison de troubles mentaux. Le juge peut décider de libérer l'accusé sans aucune condition si cette décision lui semble la bonne compte tenu de la preuve. Il peut aussi le libérer en imposant une condition qui peut être aussi simple que l'obligation de voir un médecin une fois par mois ou aussi sévère que l'obligation d'être hospitalisé jusqu'à ce que le comité d'examen revoit le cas.

La nouvelle loi a donné au juge ces pouvoirs discrétionnaires. Comme la nouvelle loi donne toute liberté au juge d'ordonner la détention préventive ou la libération inconditionnelle, ou de rendre n'importe quelle autre décision se situant entre ces deux extrêmes, il n'est plus nécessaire d'exclure qui que ce soit du groupe des personnes jugées non coupables en raison de l'aliénation mentale, verdict qui avait de graves conséquences dans l'ancien système.

Par ailleurs, nous disons que la médecine moderne commence à comprendre qu'en dernière analyse, tous ces problèmes se réduisent à une dysfonction du cerveau. Un coup à la tête—une commotion pour utiliser le thème

[Texte]

medically rather than legally—can lead to some behaviour that could be or may be illegal and get the person into this situation. We are saying there is no longer the need to make that distinction because the judge has the discretion to let the patient go home, if that is appropriate, from the courtroom. Medically, scientifically, in our terms of our modern understanding of behaviour, the old dichotomy doesn't make sense.

**Dr. Ladha:** There are two reasons. One is the practical reason that we've mentioned, but there is a more fundamental reason. That's the conceptual reason. Conceptually, automatism is not correct any longer because the verdict of sane automatism assumes that the body acts independently of the mind. It does not obtain any longer with what we know today about the mind and body.

I think the Cartesian theory has really led us up the garden path.

**Mr. Rideout:** So you would like to see more purity.

**Dr. MacKay:** Simplicity.

**Dr. Ladha:** I think the law must have a separate verdict for people who have a blow on the head or receive psychological injury. I think temporary insanity or temporary mentally disordered would be a more realistic, more conceptually correct verdict than the concept of automatism.

**Mr. Rideout:** If we were to exclude automatism, would we have to change any of our definitions in order to accommodate that type of situation? Do you feel that the existing legislation is broad enough without any amendment at all?

**Dr. Ladha:** Absolutely. I don't think anything would have to be changed in terms of definition because the definition of mental disorder in the amendments, as I understand case law—and forgive me, I am not a lawyer—is really broad enough.

**Mr. Rideout:** Accepting that we have sufficient, but looking at it just to have a full understanding of where you folks are coming from, if we choose not to go along with your request is there a middle ground, or are there some things you would like to see included? It may be that we will take your recommendation and that will be the end of it, but if we don't, are there some things that you should see us doing to improve the bad situation?

**Dr. Ladha:** It would be highly sensible to take our recommendation and go with it, of course.

**Mr. Rideout:** I appreciate that.

**Dr. Ladha:** The middle ground would be some kind of a concept of temporary insanity.

• 1605

**Mr. Rideout:** From a layman's point of view, I have some difficulty. I realize what you are saying, and I accept that. But somebody who gets a blow on the head and does something without any control and somebody who commits a murder while sleepwalking—that creates two different problems for me. The likelihood of the first event reoccurring compared to somebody who is a sleepwalker who may sleepwalk tomorrow and murder somebody else—how you

[Traduction]

médical plutôt que juridique—peut provoquer un comportement illégal. Nous disons qu'il n'est plus nécessaire de faire cette différence puisque le juge a le pouvoir de permettre, s'il le juge bon, au patient de rentrer chez-lui en sortant du tribunal. Sur les plans médical et scientifique, étant donné ce que nous savons maintenant au sujet du comportement, l'ancienne dichotomie n'est plus valable.

**Dr. Ladha:** Il y a à cela deux raisons. La première est une raison pratique que nous avons mentionnée, mais il y a une raison plus fondamentale. Une raison conceptuelle. Comme concept, l'automatisme n'est plus valable car le verdict d'automatisme sain suppose que le corps agit indépendamment de l'esprit. Ce que nous savons maintenant au sujet de l'esprit et du corps montre que cela est faux.

Je pense que la théorie cartésienne nous a fait faire fausse route.

**M. Rideout:** Donc, vous voudriez que les choses soient plus claires.

**Dre MacKay:** Plus simples.

**Dr. Ladha:** Je pense que la loi doit prévoir un verdict différent pour une personne qui a reçu un coup à la tête et pour une personne qui a subi un choc psychologique. Je pense qu'un verdict de maladie ou de trouble mental temporaire serait plus réaliste et plus exact qu'un verdict fondé sur le concept de l'automatisme.

**M. Rideout:** Si nous décidons d'exclure l'automatisme, devrons-nous modifier nos définitions pour tenir compte de ce genre de situation? Pensez-vous que la portée de la loi est déjà assez grande pour qu'il ne soit pas nécessaire de la modifier?

**Dr. Ladha:** Absolument. Je pense que vous n'auriez pas besoin de modifier les définitions car la définition des troubles mentaux dans les modifications et dans la jurisprudence je crois—excusez-moi, je ne suis pas avocat—est déjà suffisamment large.

**M. Rideout:** Si nous décidons de ne pas suivre votre suggestion—je pose cette question simplement parce que je veux être sûr de bien comprendre votre position—y a-t-il un moyen terme, ou des choses que vous voudriez que nous incluions? Il se peut que nous acceptions votre recommandation et que cela mette fin à la question, sinon, y a-t-il certaines choses que vous voudriez que nous fassions pour améliorer une mauvaise situation?

**Dr. Ladha:** Évidemment, vous seriez très sages d'accepter notre recommandation.

**M. Rideout:** Je comprends cela.

**Dr. Ladha:** Le moyen terme serait un certain concept d'aliénation mentale temporaire.

**M. Rideout:** En tant que profane, je me pose certaines questions. Je vois bien ce que vous dites, et je suis d'accord. Cependant, le cas de celui qui reçoit un coup à la tête et fait quelque chose sans être maître de ses actes et le cas d'un somnambule qui commet un meurtre—m'apparaissent comme deux problèmes différents. Les risques de récidive dans le premier cas, comparés à ceux que présente un somnambule, qui risque de succomber à nouveau au



[Text]

deal with those two different things is of some concern. I am sure you are going to tell me that cannot happen.

**Dr. MacKay:** This does raise a kind of difficulty. If you look at somnambulism, you are right, they may sleepwalk again. But if you look at the cases in law and the cases in the medical literature, the reoccurrence of a violent or criminal act, particularly murder while sleepwalking, is almost unheard of, which is why somnambulists are acquitted. In the Parks case, this person murdered somebody while in a state of somnambulism. But because the medical evidence and the legal cases before the judge were such that there was no recidivism with this particular problem in terms of sleepwalking and committing a violent crime again, that hasn't presented a concern.

Now, in a way, that's similar to schizophrenia. Schizophrenia is an illness that relapses, remits, and leaves a person quite ill. Very rarely do they commit a violent act such as murder. But the recidivism of murder with schizophrenics is very, very low. It is as low as recidivism with somnambulism. The marvellous thing about the new amendments is that the judge could look at the evidence before him as to what the likelihood is of reoccurrence and make the conditions appropriate to the evidence before him about the recurrence.

The difficulty you raise with the public perception that somnambulism, a concussion from a blow to the head, is a mental disorder and therefore should be found not criminally responsible due to mental disorder is, I think, the real stumbling block. It is unfortunate, but I think that's the real stumbling block. It is hard for people in the public to accept that a blow to the head that gives you a concussion and causes you to drive onto the road and hit someone is the same before the law as somebody who is schizophrenic and murders someone.

**Dr. Ladha:** But, you see, that is what the reality is. Somebody who gets a blow on the head and behaves in a completely uncharacteristic fashion is not himself or herself. He is obviously disordered, and that is why he is behaving in a disorderly fashion. And if you are going to call a spade a spade, he is mentally disordered at the time.

Rarely in life are we provided with an opportunity of having our cake and eating it too, and I think the new amendments allow us to do that. We can call that person mentally disordered, acquit him, as it were, and send him home under the new amendments. The advantage is that we can now follow him up under the new amendments while he is at home, while he carries on with his job, or whatever, because it is possible that his ability to control his impulses

[Translation]

somnambulisme et de tuer quelqu'un d'autre—je me demande comment vous traitez ces deux cas. Je suis convaincu que vous allez me dire que cela ne peut pas arriver.

**Dre MacKay:** Cela soulève effectivement une difficulté. En ce qui concerne le somnambulisme, vous avez raison, de nouvelles crises peuvent survenir. Cependant, dans les annales du crime et dans les annales médicales il n'existe presque aucun cas de récidive en ce qui concerne la commission d'un acte violent ou criminel, et plus particulièrement de la commission d'un crime en état de somnambulisme, et c'est pourquoi les somnambules sont acquittés. Dans l'affaire Parks, la personne inculpée avait tué quelqu'un sous l'effet du somnambulisme. Cependant, étant donné que les éléments de preuve de nature médicale et que la jurisprudence présentée au juge montraient qu'il n'y avait pas à craindre de récidive eu égard au somnambulisme et à la commission d'un nouveau crime avec violence, on ne s'en est pas préoccupé.

Par ailleurs, en un sens, c'est un peu comme la schizophrénie. Celle-ci est une maladie avec des rechutes et des rémissions et le malade s'en porte plutôt mal. Il est très rare que les schizophrènes commettent un acte violent comme un meurtre. De plus, il est extrêmement rare qu'un schizophrène commette un autre meurtre. C'est tout aussi rare que dans le cas des somnambules. Ce qu'il y a d'extraordinaire dans ces nouvelles modifications, c'est que le juge pourrait examiner les éléments de preuve qui lui sont soumis pour juger du risque de récidive et établir les conditions appropriées en fonction des preuves.

La difficulté que vous soulevez quant au fait que le public estime que le somnambulisme, une commotion résultant d'un coup à la tête, est un trouble mental et qu'il n'y a donc pas lieu de reconnaître de responsabilité pénale en raison d'un trouble mental, constitue, à mon avis, la véritable pierre d'achoppement. C'est malheureux, mais je pense que c'est effectivement la véritable pierre d'achoppement. Il est difficile pour le grand public d'accepter qu'un coup à la tête qui vous cause une commotion et vous amène à prendre la route et heurter quelqu'un se situe sur le plan du droit dans la même catégorie que les cas où un schizophrène assassine quelqu'un.

**Dr Ladha:** Mais, voyez-vous, c'est la réalité. Quelqu'un qui reçoit un coup à la tête et se comporte de façon tout à fait imprévisible n'est plus lui-même. Il est manifestement troublé, et c'est pourquoi il agit d'une manière désordonnée. Puisqu'il faut appeler un chat un chat, il est alors atteint de trouble mental.

Il est bien rare qu'on ait l'occasion de gagner sur tous les tableaux, mais je crois bien que les nouvelles modifications en sont un exemple. Nous pouvons déclarer que l'inculpé est atteint de troubles mentaux, l'acquitter, pour ainsi dire, et le libérer en vertu des nouvelles modifications. L'avantage, c'est que nous pouvons maintenant, en vertu des nouvelles modifications, assurer un suivi une fois que l'inculpé est rentré chez-lui, qu'il vaque à ses occupations, car il se peut

[Texte]

may drop. It is possible that he may develop epilepsy a year from now. It is possible that he is more susceptible to having a brain disorder as a result of some other disorder in the body because he has received a very difficult blow to his head in the past. In a legal sense he walks away scot-free, if you like, but in a medical sense he definitely may not.

The new amendments allow us to do that. And if we keep the defence of automatism, we lose this opportunity the new amendments allow us.

**Mr. Rideout:** I can see where you are coming from in that sense. Even Professor Gerry Ferguson recommends that there be some supervisory order capability in dealing with that situation, which roughly falls into where you are coming from.

• 1610

**Dr. Ladha:** It is nice that we agree with the professor this time. Last time we did not, if you remember.

**Dr. MacKay:** Last time we did not do well with him.

**Mr. Rideout:** No, I know. He pointed that out to us.

**The Chairman:** Would you tell me how a psychological blow, or the dissociative state of mind around the time of a divorce—as a lawyer, I often found people were very upset around the time of a divorce—would qualify as a mental disorder?

I am trying to make a connection between a psychological blow, which is part of the definition of automatism, and that falling within a mental disorder. I am thinking of the situation of people at the time of divorce. They often behave peculiarly, simply because of the strain of day after day going through the divorce and that mental withdrawal from a relationship. Would that genuinely qualify as a mental disorder?

**Dr. Ladha:** All of us in this room have received some kind of psychological blow during our life, or a disappointment in life or something like that. If a person who receives a blow like that, say a girlfriend shunning him—and there was a case, the Rabey case, where the man was shunned by his girlfriend. She had written a letter talking about the sexual attraction of another man, or something like that, and he hit her with a rock he had picked up from a geology lab and he killed her. That was a case of automatism.

It certainly demonstrates one thing. This person is susceptible to becoming totally disordered as a result of this kind of psychological stress or psychological blow. It demonstrates that there is something internal to him, a susceptibility that makes him be affected this way and then behave in a dangerous and illegal fashion.

[Traduction]

qu'il perde à nouveau sa maîtrise de soi. Il se peut qu'il souffre d'épilepsie dans un an. Il se peut qu'il présente davantage de risques de souffrir d'un trouble du cerveau en raison d'une autre pathologie et cela parce qu'il a déjà pris un assez dur coup à la tête. Sur le plan du droit, il s'en tire à bon compte, si l'on veut, mais sur le plan médical, ce n'est peut-être pas le cas.

Les nouvelles modifications nous permettent de prendre cette mesure. Si nous maintenons la défense de l'automatisme, nous renonçons à cette possibilité que nous offrent les nouvelles modifications.

**M. Rideout:** Je vois ainsi où vous voulez en venir. Du reste, le professeur Gerry Ferguson recommande également qu'on puisse exercer une surveillance dans ces cas, ce qui rejoint à peu près votre point de vue.

**Dr Ladha:** Il est bien que cette fois nous soyons d'accord avec le professeur. La dernière fois, nous ne l'étions pas, si vous vous souvenez.

**Dre MacKay:** La dernière fois, nous ne nous sommes pas bien entendus avec lui.

**M. Rideout:** Non, je sais. Il nous l'a mentionné.

**Le président:** Pourriez-vous me dire comment un traumatisme psychologique, ou l'état de dissociation mentale dans lequel on peut se trouver au moment d'un divorce—en tant qu'avocat, j'ai souvent constaté que les gens étaient très troublés au moment d'un divorce—pourrait être considéré comme un trouble mental?

J'essaie d'établir un lien entre un traumatisme psychologique, qui fait partie de la définition d'automatisme, et ce qu'on entend par trouble mental. Je pense à la situation que vivent les gens au moment d'un divorce. Ils se comportent souvent de façon étrange, tout simplement parce qu'il est éprouvant de vivre jour après jour les difficultés inhérentes à un divorce et au repli mental qu'il faut effectuer pour abandonner une relation. Pourrait-on à raison considérer cela comme un trouble mental?

**Dr Ladha:** Nous tous ici avons déjà subi au cours de notre vie des revers psychologiques, des déceptions, quelque chose du genre. Quand quelqu'un traverse un moment comme celui-là, par exemple, s'il est rejeté par une femme—et il s'est du reste présenté un cas, l'affaire Rabey, où un homme avait ainsi été rejeté. La femme lui avait écrit une lettre où elle se disait attirée physiquement par un autre homme, ou quelque chose du genre, et il l'a frappée avec une pierre qu'il avait prise dans un laboratoire de géologie et il l'a tuée. C'était un cas d'automatisme.

Cela montre certainement une chose. Cette personne risque d'être entièrement troublée suite à un stress ou à un traumatisme psychologique de ce genre. Cela montre qu'il y a quelque chose en lui, une susceptibilité qui fait qu'il est ainsi affecté et se comporte ensuite d'une manière dangereuse et illégale.



[Text]

What the lawyers talk about is the internal factor as opposed to the external factor. In my view, a person like that, who shows a susceptibility to becoming disordered to such an extent that he kills somebody, has a propensity to become mentally disordered. Such a person should be found mentally disordered.

The middle ground we talk about, temporary insanity, would be one way to go. The other way to go would be to find him mentally disordered, have him discharged home and then be followed up.

**The Chairman:** Ideally, then, you would like to see us abandon automatism, as you say, but make some changes to the wording of the former Bill C-30 that will provide for temporary insanity. I think there would have to be amendments to the bill, would there not? As I recall your evidence, you were unhappy with the drafting of the McNaghten rules, too, the codification of them.

**Dr. Ladha:** I think Bill C-30, as it stands right now, would take care of the instance of psychological blow or the physical blow to the head. Would you agree, Maralyn?

• 1615

**Dr. MacKay:** I am not able to pull out the section, but there is one reference in the bill to automatism.

In our presentation last time, we requested that it not be in the bill, for the very reasons we are speaking of today. But it is in the bill; that word does appear in the bill. Whether the lawyers would look at it and say that if we are not having it in the general part it has to be removed, I am not sure. But that is one thing that would certainly have to be looked at.

It is not clear to me where or in what form there would have to be this provision for the middle ground of temporary mental disorder in order that the public could agreeably accept the concept that a concussion or this sort of situation you are describing in the Rabey case is mental disorder as opposed to automatism the way it was before. I am not sure what would have to happen in terms of drafting. But those are the two questions that I think come out of it.

**The Chairman:** I can sure tell you that the Parks decision isn't washing very well out there in the streets, certainly with my uncles and aunts, and certainly not with my mother-in-law.

**Dr. MacKay:** I think this speaks to the whole concept of automatism and the difficulty with it. And had this been understood as a mental disorder, I think the judge would have been able to put some conditions on this person that would make the decision more agreeable to the public and yet not unreasonably restrictive for the individual. I think the legislation now offers that opportunity.

**The Chairman:** Mr. Rosen has a question. We have asked our experts to ask questions, if they wish, throughout these hearings, because they understand this so much better than some of the rest of us.

[Translation]

Les avocats parlent du facteur interne par opposition au facteur externe. À mon avis, une personne comme celle-là, qui manifeste une susceptibilité à être troublée au point de tuer quelqu'un, a une tendance naturelle à souffrir de troubles mentaux. Une personne de ce genre devrait être considérée comme souffrant de trouble mental.

Le moyen terme dont nous parlons, soit la démence passagère, serait une solution. L'autre consisterait à reconnaître l'inculpé comme souffrant de troubles mentaux, à le remettre en liberté et à assurer un suivi.

**Le président:** Idéalement, donc, vous souhaiteriez que nous renoncions à la défense de l'automatisme, comme vous dites, et que nous modifions le libellé de l'ancien projet de loi C-30 pour qu'il contienne une disposition sur l'aliénation mentale temporaire. Je pense qu'il faudrait modifier le projet de loi, n'est-ce pas? Si je me souviens bien de votre témoignage, vous n'étiez pas d'accord sur le libellé des règles McNaghten, sur leur codification.

**Dr Ladha:** J'estime que le projet de loi C-30, tel qu'il est actuellement rédigé, couvrirait les cas de traumatisme psychologique ou de coup à la tête. Êtes-vous d'accord Maralyn?

**Dre MacKay:** Je n'arrive pas à retrouver la disposition, mais le projet de loi contient une mention de l'automatisme.

Dans notre exposé, la dernière fois, nous avons demandé de ne pas l'inclure dans le projet de loi, pour les mêmes raisons que nous invoquons aujourd'hui. Toutefois, c'est dans le projet de loi; le mot s'y trouve. Je ne suis pas certaine que les avocats, voyant cela, diraient qu'il faudrait le supprimer si cela ne se trouve pas dans la partie générale. C'est néanmoins quelque chose qu'il faudrait certainement examiner.

Je ne vois pas clairement s'il faudrait qu'il y ait cette disposition—ni quelle forme elle devrait prendre—, en ce qui concerne les troubles mentaux passagers, pour que le grand public accepte cette idée qu'une commotion ou le genre de cas que vous décrivez dans l'affaire Rabey puisse être considéré comme un trouble mental plutôt qu'un automatisme, comme on le faisait avant. Je ne suis pas certaine de ce qu'il faudrait faire quant au libellé. Voilà néanmoins les deux questions qui ressortent, à mon avis.

**Le président:** Je peux vous dire que la décision rendue dans l'affaire Parks n'est pas bien accueillie du tout dans le grand public, en tout cas certainement pas par mes oncles et mes tantes et certainement pas par ma belle-mère.

**Dre MacKay:** Je pense que tout cela est lié à la notion d'automatisme et à la difficulté qu'elle pose. Si cela avait été assimilé à un trouble mental, je pense que le juge aurait pu imposer des conditions à cette personne et que le public aurait alors trouvé la décision plus acceptable, sans qu'elle soit contraignante outre mesure pour l'individu. Je pense que la loi offre maintenant cette possibilité.

**Le président:** M. Rosen a une question à poser. Nous avons invité nos experts à poser des questions, s'ils le désirent, au cours des audiences, car ils sont beaucoup plus au fait de ces questions que certains d'entre nous.

[Texte]

**Mr. Philip Rosen (Committee Researcher):** Both my questions relate to the Parks decision, which you have just mentioned, Mr. Chairman. I hope the question about somnambulism doesn't represent my state of mind, but I will try anyway.

Can you explain to us how you see somnambulism falling into a mental disordered defence? I am specifically thinking about the circumstances in the Parks case. There was a history of sleepwalking in his family. He had not been sleeping well for the weeks previously, had not been eating properly, and was under considerable financial difficulty. Apparently he had been defrauding his employer and was about to be charged criminally. It was under those circumstances that the terrible events occurred while he was sleepwalking. How would you fit those kinds of circumstances within the mental disordered defence as it exists now?

**Dr. Ladha:** If you look at somnambulism, by definition it occurs during sleep. It is not a normal part of sleep, as the Parks decision says. The Parks decision says there is a disorder of sleep. It occurred during a normal state, sleep. Sleep is a normal state, and it occurred during sleep. It did not occur during normal sleep. It is not a normal part of sleep; it is a disorder of sleep. In every textbook it is defined as a disorder of sleep.

Now, why is it called a disorder? During somnambulism there is normal behaviour. There is walking while the person is asleep; there is talking. Sometimes this talk is incoherent. There is uncharacteristic behaviour. Parks was an example of that. The man liked his mother-in-law. He got along well with them. It was definitely uncharacteristic behaviour!

There is abnormal or distinct EEG pattern during somnambulism. It occurs during a specific part of sleep, stages 3 and 4, the deepest part of sleep. During what is called the non-REM part of sleep, non-rapid eye movement part of sleep, muscular movement can occur. During the REM part of sleep muscular movements can't occur because the person is paralysed.

• 1620

It may be associated with other disorders, such as anuresis, bed-wetting, night terrors, sleep talking. The very fact that it runs in families suggest that there is some kind of familiar pattern to this, a genetic pattern, something inherent.

The fact that he was stressed—and there are various kinds of stress—well, that just adds to the argument that it is a disorder, because it does not matter what kind of illness or disorder you look at. In physical disorders, myocardial infarct occurs more during stressful times. Depression can be precipitated by stress, schizophrenia. So the fact that he was under stress just adds to the thesis that it is a disorder.

[Traduction]

**M. Philip Rosen (attaché de recherche auprès du comité):** Mes deux questions ont trait au jugement rendu dans l'affaire Parks, que vous avez mentionnée, monsieur le président. J'espère que la question que je poserai au sujet du somnambulisme ne trahira pas mon état d'esprit, quoi qu'il en soit je vais faire de mon mieux.

Pouvez-vous nous expliquer pourquoi vous pensez qu'en ce qui concerne les moyens de défense, le somnambulisme entre dans la catégorie des troubles mentaux? Je pense plus précisément aux circonstances de l'affaire Parks. Il y avait là des antécédents familiaux de somnambulisme. L'inculpé ne dormait pas bien depuis quelques semaines, avait perdu l'appétit et avait de grandes difficultés financières. Apparemment, il avait fraudé son employeur et on était sur le point de porter contre lui des accusations au criminel. C'est dans ce contexte que se sont produits les terribles événements, pendant qu'il était somnambule. Compte tenu de ces circonstances, comment peut-on invoquer la défense des troubles mentaux telle qu'elle existe maintenant?

**Dr Ladha:** Le somnambulisme, par définition, survient pendant le sommeil. Ce n'est pas une phase normale du sommeil, comme on le précise dans le jugement de l'affaire Parks. Dans ce jugement, on constate l'existence d'un trouble du sommeil. Les événements se sont produits pendant un état normal, le sommeil. Le sommeil est un état normal, et les événements se sont produits pendant un état de sommeil. Ils ne se sont pas produits pendant un sommeil normal. Ce n'était pas une phase normale du sommeil; c'était un désordre du sommeil. Dans tous les manuels, c'est défini comme un trouble du sommeil.

Or pourquoi parle-t-on de trouble? Le somnambule a un comportement normal. Il marche pendant son sommeil; il parle. Parfois ses propos sont incohérents. Il y a aussi un comportement imprévisible. L'affaire Parks en donne un exemple. L'inculpé aimait bien sa belle-mère. Il s'entendait bien avec ces gens. Il s'agissait-là certainement d'un comportement imprévisible!

En phase de somnambulisme, on constate que le tracé de l'électroencéphalogramme est anormal ou différent. Cela se passe pendant une phase précise du sommeil, les stades de 3 et 4, les stades les plus profonds du sommeil. Pendant le stade des mouvements oculaires non rapides, il peut y avoir activité musculaire. Pendant le stade des mouvements oculaires rapides, il ne peut y avoir d'activité musculaire parce le sujet est paralysé.

Cela peut être associé à d'autres troubles, comme l'anurie, l'incontinence urinaire, les terreurs nocturnes, parler en dormant. Le fait même qu'il y ait des antécédents familiaux donne à penser qu'il y a là un certain modèle familial, un modèle génétique, quelque chose d'inherent.

Le fait qu'il était stressé—et il y a différents genres de stress—eh bien, cela renforce l'idée que c'est un trouble, car peu importe le type de maladie ou de trouble dont il est question. Dans le cas des troubles physiques, l'infarctus du myocarde survient plus souvent dans des périodes de stress. La dépression peut être enclenchée par le stress, la schizophrénie. Le fait qu'il était soumis à un stress ne fait que renforcer l'idée qu'il s'agit d'un trouble.



[Text]

**Mr. Rosen:** Let's talk about the Parks situation for a moment. Let's assume that the committee in its wisdom decides that it appreciates your submission but does not accept your recommendation that the defence of automatism should be eliminated.

Yesterday the committee had presented to it a position by Professor Ferguson, who suggested that the defence be retained but that the minority comments by the judges in the Supreme Court of Canada be followed; that sentencing judges be empowered in some way, where the offence is successfully invoked, to impose some kind of supervisory or treatment order in appropriate cases. Would you accept that kind of solution to the automatism defence?

**Dr. MacKay:** I think that really makes things more difficult. What is the argument, then, for having automatism? Historically, automatism has resulted in an acquittal. People were not held to be responsible in any way, for any reason, because it was understood that their body was acting without a guilty mind or a guilty act.

If that's the assumption, then I don't quite understand how a justice system allows you to dish out some restrictions that, it seems to me, have to be perceived in some way as punishment for an offence committed with a guilty intent or act. That seems to me very contradictory, so that's one reason that I find it a little bit confusing.

Second, I don't quite understand why we would make two systems in parallel like this and what would be the distinction between the two. One of the difficulties you get into with the Parks case is again the difficulty of what I would call a kind of user unfriendly system. The question would be asked, is somnambulism a disease, by a lawyer who wants to know if this is a disease of the mind, because then that has certain implications in terms of legal decisions and the law.

If that question is asked of a doctor, who may not have great familiarity with this particular area of the law and the interface between law and medicine, he will think of disease, and they use that word the way doctors use the word "disease". Doctors usually use the word "disease" where you have some pathology. We think in terms of diabetes, pathology in the gland of the pancreas. We think of this not in the same way as the lawyers asking for disease of the mind. One has one definition in mind; one has another. One says yes, and something happens; the doctor says no, and something happens. So I think it adds to the complexity of the system in a way that can lead to problems.

**Dr. Ladha:** Judge Sopinka and others said in the Parks decision that you can't impose restrictions on somebody who has been given acquittal. I think that imposition of restrictions on somebody who has been given an acquittal would go much more against the grain than abolishing the defence of automatism. I think abolishing the defence of automatism would be much more practical.

[Translation]

**M. Rosen:** Revenons un instant aux circonstances de l'affaire Parks. Supposons que le comité dans sa sagesse décide qu'il aime bien votre mémoire mais ne souscrit pas à votre recommandation selon laquelle il faudrait supprimer la défense de l'automatisme.

Hier, le comité a entendu le professeur Ferguson, qui a déclaré qu'il fallait maintenir la défense, mais que les opinions minoritaires des juges de la Cour suprême du Canada devaient être prises en compte; que les juges qui sont chargés du prononcé de la sentence aient le pouvoir en quelque sorte, quand la défense est invoquée et retenue, d'imposer dans les cas appropriés une ordonnance de surveillance ou de traitement. Accepteriez-vous cette solution dans le cas de la défense de l'automatisme?

**Dre MacKay:** Je pense que cela complique vraiment les choses. Pour quelles raisons alors invoquer l'automatisme? Traditionnellement, la défense de l'automatisme entraîne l'acquittal. Les inculpés ne sont nullement tenus responsables, pour aucune raison, parce qu'il est entendu que leur corps a agi sans que leur esprit soit coupable ou qu'il s'agisse d'un acte coupable.

Si c'est là le raisonnement, je ne comprends vraiment pas comment un système judiciaire peut permettre d'imposer des restrictions qui, à mon sens, peuvent être considérées comme une punition pour une infraction commise dans une intention coupable. Cela me semble très contradictoire, et c'est une des raisons pour lesquelles cela me semble un peu confus.

Deuxièmement, je ne vois pas pourquoi nous aurions deux systèmes parallèles ni quelle serait la distinction entre les deux. Un des problèmes que pose l'affaire Parks, c'est toujours celui que présente ce que j'appellerais un système non convivial. Un avocat qui veut savoir s'il s'agit d'un trouble de l'esprit demanderait si le somnambulisme est une maladie, car alors cela aurait certaines implications sur le plan des décisions juridiques et du droit.

Si la question était posée à un médecin, qui peut-être ne connaît pas à fond ce domaine particulier du droit ni les rapports qui existent entre le droit et la médecine, il pensera qu'il s'agit d'une maladie, et donnera à ce mot le sens que lui donnent les médecins quand ils emploient le mot «maladie». Les médecins parlent habituellement de «maladie» quand il y a pathologie. Pour ce qui est, par exemple, du diabète, il y a pathologie de la glande du pancréas. On ne voit pas cela de la même façon que des avocats qui s'interrogent sur une maladie de l'esprit. Certains définissent l'esprit d'une manière; et d'autres le définissent autrement. L'un dit oui, et quelque chose se produit; le docteur dit non, et il se produit autre chose. Le système s'en trouve compliqué à un point tel que cela peut causer des problèmes.

**Dr Ladha:** Le juge Sopinka et d'autres ont jugé dans l'affaire Parks qu'on ne peut imposer des restrictions à quelqu'un qui a été acquitté. Je pense que d'imposer des restrictions à quelqu'un qui a été acquitté serait beaucoup plus difficile que d'abolir le recours à la défense de l'automatisme. Je pense qu'il serait beaucoup plus pratique d'abolir cette défense.

[Texte]

• 1625

**The Chairman:** Mr. O'Reilly, please. Would you wind us down in five minutes?

**Mr. James W. O'Reilly (Legal Adviser to the Committee):** I'll try. I was a bit confused by your last remark, when you were suggesting that it would be unfair to impose conditions on someone who had been acquitted of an offence, and therefore you wouldn't favour that for someone acquitted on the basis of automatism. I thought the outcome of your earlier remarks would be that automatism should be treated as a mental disorder, and then the person could possibly be subjected to conditions imposed by a judge.

**Dr. MacKay:** Let me clarify. My understanding of the reason we've had "automatism" and, in the past, "not guilty by reason of insanity" was that we accepted very severe restrictions on somebody who was found not guilty by reason of insanity. If someone was acquitted on the basis of automatism, no restrictions applied. That has been the historical distinction. With the new legislation, people found not criminally responsible due to a mental disorder may be absolutely discharged and leave the courtroom with no restrictions. On the other hand, they may be held on any of a number of increasingly restrictive conditions up to and including safe custody.

So if you don't have the defence of automatism and somebody comes before the court and the evidence before the judge is such that they were temporarily mentally disordered and there's no chance of recurrence, the judge may very well absolutely discharge that person that day. In effect, they are walking out with no restrictions. On the other hand, they may have some restrictions, depending on what's appropriate.

Historically, automatism has been a defence that, if found in your favour, led to an acquittal and no restrictions. There would be a complete change in the reason for having this defence, it seems to me, if you were to restrict people. It would no longer be an acquittal. Can you acquit someone and then put restrictions on them?

**Mr. O'Reilly:** It would be treated precisely the same as acquittal by reason of mental disorder. It's an acquittal.

**Dr. Ladha:** I thought there was a qualitative difference between an acquittal and a finding of "not criminal responsible as result of a mental disorder". Although the person is not held criminally responsible because of policy reasons, the person is restricted.

The old law only allowed us to restrict them completely. The new law, as Dr. MacKay says, allows us to have no restrictions or have an increasing degree of restrictions. I think that flexibility is very good. I understand it as being qualitatively different from acquittal.

**Mr. O'Reilly:** Can I perhaps ask a more specific question? Under section 16 of the Criminal Code the term that's used is "mental disorder", and that term is defined as a "disease of the mind". In effect, we incorporate the

[Traduction]

**Le président:** Monsieur O'Reilly, je vous en prie. Voulez-vous nous aider à clore cette partie de notre séance en cinq minutes?

**M. James W. O'Reilly (conseiller juridique du comité):** Je vais essayer. Votre dernière remarque me laisse un peu confus. Vous dites qu'il serait injuste d'imposer des conditions à quelqu'un qui a été acquitté d'une infraction et donc que vous rejetiez cette solution dans le cas d'une personne qui est acquittée pour des raisons d'automatisme. Je pensais que vous aviez dit plus tôt que l'automatisme devait être considéré comme un trouble mental, ce qui permettrait éventuellement à un juge d'imposer des conditions à la libération.

**Dre MacKay:** Permettez-moi de préciser. Si j'ai bien compris, par le passé, s'il était question «d'automatisme» et de «non coupable en raison d'aliénation mentale», c'est que nous acceptions que soient imposées des restrictions très strictes à ceux qui étaient reconnus non coupables pour cette raison. Si une personne était acquittée en invoquant l'automatisme, aucune restriction ne pouvait s'appliquer. Voilà la distinction historique. Ce nouveau projet de loi prévoit que les personnes exonérées de responsabilité criminelle à cause de troubles mentaux pourront être libérées inconditionnellement, quittant le tribunal sans être astreintes à la moindre restriction. Par ailleurs, elles pourront également être détenues en vertu de conditions restrictives, qui peuvent aller jusqu'à la détention préventive.

Donc si vous invoquez l'automatisme comme défense et que quelqu'un témoigne qu'il s'agissait d'un trouble mental temporaire, il se peut fort bien que le juge, convaincu qu'il n'y ait aucun risque de récidive, décide de libérer l'accusé inconditionnellement immédiatement. C'est ainsi que la personne sera libérée sans être astreinte à la moindre restriction. Par ailleurs, selon les besoins, il se peut que l'on impose des restrictions.

Traditionnellement, cet argument d'automatisme, s'il faisait pencher la balance en votre faveur, vous permettait d'être acquitté et libre de toute restriction. Les raisons d'invoquer cet argument changeraient complètement, à mon avis, si l'on se mettait à imposer des restrictions. On ne serait plus exonéré. Peut-on acquitter un accusé et ensuite lui imposer des restrictions?

**M. O'Reilly:** Ce serait la même chose que dans le cas de la libération pour raison de troubles mentaux. C'est un acquittement.

**Dr Ladha:** Je pensais qu'il y avait une différence qualitative entre l'acquittement et un constat d'absence de responsabilité criminelle en raison de troubles mentaux. Pour des raisons de politiques publiques, la personne n'est pas tenue criminellement responsable, mais on lui impose des restrictions.

L'ancienne loi ne prévoyait que des restrictions absolues. La nouvelle loi, comme la docteure MacKay l'a dit, permet des degrés de restriction. Je pense que cette souplesse est excellente. Toutefois, si j'ai bien compris, ce n'est pas la même chose que l'exonération.

**M. O'Reilly:** Permettez-moi de vous poser une question plus précise? À l'article 16 du Code criminel, on utilise l'expression «trouble mentaux» comme signifiant «une maladie de l'esprit». En fait, on a inclus dans les dispositions



[Text]

pre-existing case law on “disease of the mind” into the existing provision. How would you define “mental disorder”, or would you define “mental disorder” under the Criminal Code? I take it that confining it to a “disease of the mind” is not acceptable to you.

**Dr. Ladha:** As I understand case law, I think “mental disorder” has been defined much more broadly than a medical concept of “disease”. Under the case law definition, I really wouldn’t have any problem fitting the psychological blow scenario or the somnambulism case into “mental disorder”. I think they fit in.

• 1630

**Mr. O’Reilly:** It is more of a technical question at the moment. Mental disorder means disease of the mind. So in effect, you would not want it defined as a disease of the mind but allowed to evolve as cases developed.

**Dr. Ladha:** As long as the broad definition within the case law is followed, and I think it is there already. But if you put automatism in the statute, then to a certain extent you apply a kind of strait-jacket.

**The Chairman:** You can see the difficulty we are going to have. But I must say that I understand it far more clearly. You have made your points very well. I can absolutely crystal-clear see where you are coming from, and it makes a lot of sense

Thank you very much.

**Dr. Ladha:** Thank you.

**Dr. MacKay:** Thank you.

• 1633

• 1634

**The Chairman:** I am pleased to introduce from the Canadian Police Association, Mr. Neal Jessop, President and Chairman of the Legislation Committee; Mr. Scott Newark, Legal Counsel; Mr. Bob Brennan; and James Kingston, Chief Executive Officer.

Gentlemen, welcome before our little subcommittee of the justice committee. We are trying to come up with a new general part to the Criminal Code. We are not sure whether we can just do a general part or if we have to do several or many substantive law changes, and we are looking very much forward to your evidence.

• 1635

**Mr. Neal Jessop (President, Canadian Police Association):** Mr. Chairman, I would expect that our presentation may surprise you somewhat. With respect to your comment about individual changes and sectional changes, I’m afraid we deem that much more important than the general recodification of the code. I think you probably know that.

[Translation]

en vigueur la notion de maladie de l’esprit qui découlait de la jurisprudence. Quelle est votre définition de «troubles mentaux»; et pensez-vous qu’il faille définir cette expression dans le Code criminel? Si j’ai bien compris, vous rejetez l’idée de limiter la définition à une maladie de l’esprit.

**Dr Ladha:** Si je comprends bien la jurisprudence, je pense que «troubles mentaux» est défini d’une façon beaucoup plus large que le concept médical de «maladie». Selon la définition juridique, je n’aurais aucune difficulté à inclure au nombre des troubles mentaux le traumatisme psychologique et le somnambulisme. Au contraire.

**M. O’Reilly:** C’est plutôt une question technique pour l’instant. Un trouble mental est assimilable à une maladie de l’esprit. En fait, vous rejetez cette définition et préférez que la définition évolue selon la jurisprudence.

**Dr Ladha:** J’aimerais qu’on s’en tienne à la définition générale établie par la jurisprudence. Si vous incluez l’automatisme dans la loi, jusqu’à un certain point, vous vous liez les mains.

**Le président:** Vous pouvez voir quel problème nous éprouverons. Toutefois, je dois reconnaître que je comprends beaucoup mieux maintenant. Vous avez très bien expliqué vos arguments. Je peux voir d’une façon très claire et très précise ce que vous voulez dire et cela me semble très raisonnable.

Merci beaucoup.

**Dr Ladha:** Merci.

**Dre MacKay:** Merci.

**Le président:** Je suis heureux de présenter, de l’Association canadienne des policiers, M. Neal Jessop, président du Comité sur la législation et président de l’Association; M. Scott Newark, conseiller juridique; M. Bob Brennan; et M. James Kingston, directeur général.

Messieurs, je vous souhaite la bienvenue devant ce petit sous-comité du Comité de la justice. Nous essayons de nous entendre sur de nouvelles dispositions générales du Code criminel. Nous ne savons au juste si nous pouvons nous en tenir à de nouvelles dispositions générales ou s’il faut remanier la loi en profondeur, et nous avons très hâte d’entendre vos conseils à ce sujet.

**M. Neal Jessop (président, Association canadienne des policiers):** Monsieur le président, je crois que nos commentaires vous surprendront un petit peu. Pour ce qui est de ce que vous avez dit au sujet de modifications générales et d’un remaniement en profondeur, nous sommes d’avis que cela est beaucoup plus important que la recodification générale du Code criminel. Vous en êtes sans doute déjà conscients.

[Texte]

Scott will make some comments on the legal aspects of the changes, but I would like to say to you that if we had our choice we would much rather see substantive changes brought forward in relation to what the government prefers to do, for example, in the wiretap legislation and things of that nature. They're much more important to us in the practicality of the process than the recodification. With that, I'll turn it over to Scott.

**Mr. Scott Newark (Legal Counsel, Canadian Police Association):** Yes, sir, that pretty much is the thrust of the original material submitted, as well as a little bit of a supplementary. I started to go through the framework documents on a clause-by-clause basis, quickly appreciating that any bent I might have had for legal academia was out of the window very shortly thereafter.

The general part of the Criminal Code, as the authors of the document very fairly point out, is a portion of the code that sets forth general principles and that really deals with concepts that underlie all of our criminal justice system as well as the specific sections, and it should apply throughout. I certainly agree in going through it. To be candid, I must admit it was really only on review of the framework document itself that I probably had read through part I of the Criminal Code in its entirety. Having been a prosecutor for 12 years, I did not really find it necessary, other than on a case-by-case basis, when I was looking for one of the sections. That may offer some degree of insight, in the sense of how that particular part of the Criminal Code impacts on a day-to-day basis in the system itself.

It is certainly true, as is pointed out in the original document, that there is some haphazardness, I suppose, or in one sense a lack of organization. Clearly, one aspect that could be done and accomplished very simply is tidying up with some housekeeping amendments.

Having said that, I'd harken back to what we discussed this morning on a different topic about the very real practical effect that may have if for example whole section numbers of the Criminal Code are required to be renumbered. I don't think it's just me. It can be immensely confusing when sections end up being renumbered really to fit more the perspective, it always seemed to us in the field, of somebody's sense of order, who was the person doing the drafting. Indeed, I suspect it probably cost an awful lot of money. I can recall in one instance where the offences were in great volume, like the drinking-and-driving offences, there were preprinted forms for information, and when we changed the numbers we just threw them all out. I can't imagine how much money that must have cost across the country, but I suspect it was not insignificant. I certainly echo the president's suggestion that we view other areas as being of higher priority.

Having said that, I would like to touch a little bit on things that are in the general part itself, and the philosophy behind it. I read some of the Hansards from the association's last attendance here, and I know there were some lively

[Traduction]

Scott fera quelques commentaires sur les aspects juridiques des modifications, mais j'aimerais vous dire que si nous avions le choix, nous préfererions qu'il y ait des changements importants à l'égard de ce que le gouvernement compte faire, par exemple, à l'égard des dispositions sur l'écoute électronique et les choses du genre. Ces questions sont beaucoup plus importantes pour nos activités quotidiennes que la recodification du Code criminel. Je laisserai Scott vous donner de plus amples détails.

**M. Scott Newark (conseiller juridique, Association canadienne des policiers):** Oui, monsieur, c'est l'orientation générale du document qu'on vous a présenté, ainsi que des commentaires supplémentaires que nous y avons ajoutés. J'ai commencé à lire les documents cadres article par article, et j'ai rapidement constaté que les maigres talents de juriste que je croyais avoir ont disparu très rapidement quand j'ai lu ces documents.

Les dispositions générales du Code criminel, comme le signalent d'ailleurs les auteurs du document, constituent une partie du Code criminel qui établit les principes généraux et qui porte sur les concepts qui sous-tendent notre système de justice pénale et les articles particuliers, et cette partie devrait s'appliquer d'un bout à l'autre. Il y a certainement lieu de l'examiner. Pour être honnête, je dois reconnaître que ce n'est qu'en étudiant le document cadre que j'ai vraiment lu la partie I du Code criminel au complet. J'ai été procureur pendant 12 ans et je n'ai jamais eu besoin de le faire, car il suffisait de lire les dispositions particulières s'appliquant aux différents cas. Cela peut vous donner une idée de l'importance qu'a cette partie du Code criminel dans les activités quotidiennes du système.

Comme on le signale dans le document original, il est vrai qu'il existe une certaine impression que les choses sont faites au petit bonheur, qu'il y a un certain manque d'organisation. On pourrait très simplement régler certains de ces problèmes en apportant des modifications d'ordre administratif.

Cela dit, j'en reviens à ce qu'on a abordé ce matin, une question différente, sur l'effet pratique qu'aura un changement de numéros d'un certain nombre de dispositions du Code criminel. Je ne suis pas le seul à penser cela. Il est très difficile de s'y retrouver lorsqu'on change les numéros de certaines dispositions simplement pour qu'ils correspondent—d'après ce que peuvent voir ceux qui s'en servent tous les jours—au sens d'ordre ou à la perspective de la personne qui rédige les dispositions. En fait, je soupçonne que cela coûte beaucoup d'argent. Je me souviens que lorsqu'il y avait beaucoup d'infractions, comme les infractions pour la conduite en état d'ébriété, il y avait des formulaires déjà imprimés qui servaient de renseignements, et lorsqu'on a changé les numéros, on s'en est simplement débarrassé. Je ne sais pas combien cela a coûté pour tout le pays, mais je suis convaincu que ce montant a été assez important. Tout comme le président, j'estime qu'il y a d'autres points qui sont plus importants et qui méritent la priorité.

Cela dit, j'aimerais aborder certaines choses qui figurent dans les dispositions générales, et la philosophie qui les sous-tend. J'ai lu certains des procès-verbaux préparés à la suite de la dernière comparution de l'Association, et je sais qu'on a



[Text]

questions in relation to the material that was originally submitted. When I read it, it struck me, as somebody who had worked in the courts, as a perspective of really rejecting the concept of the common law.

What I mean by that is that there was a development, and we've had a living development of cases and interpretation of sections once the sections were put into place. So it's not something that's static in a word, a phrase, or a section; it goes through an evolution. And contrary to what is contained in the introductory remarks in the general framework, those are not concepts frozen in time hundreds of years ago from English judges. Precedent may have started there in the Canadian system, with its roots in Great Britain, but it evolved. I tried to make that point in the brief we originally submitted, making reference to some defences, for example, that had developed along the way and which were uniquely Canadian, such as *Lavalee* in the sense of self-defence and *Regina v. Sault Ste. Marie* on strict liability.

• 1640

In my opinion, if I could put it this way, that has always been one of the genius aspects of our criminal law and our legal system. It evolves and it reacts to individual cases. It is "a living, breathing entity", I think is the correct phrase.

It is wrong to assume that simply redefining words and somebody else selecting another set of words that they may feel more accurately mirror what the section should be is somehow going to answer all the questions, and that thereafter there will never be a debate about what those words mean.

In my experience in an adversarial criminal justice system, when you have different words used someone will attempt to say that those different words mean something different and that therefore a court should interpret it a different way. Literally, we'll start the process over again.

I am not in any sense suggesting that if there was a specific problem identified in the general part conceptually that it should not be up for analysis and review, but to my way of thinking and experience, change for change's sake in a courtroom will accomplish really just more and more litigation.

We recognized as well that the recommendations in the framework concerned codifying existing defences; that is, many of them are already codified and they are spread throughout the Criminal Code, but also many of them are simply preserved by literally common law. Again, I don't know if there is any magic if we codify the defences. It would be appropriate, I think, in a general part to do that. I am not sure there is any magic in doing it that way. There is nothing necessarily the matter with it. I think we should exercise great caution in doing it that we get it strictly correct as to what the current status of the law is, for example, on some of the defences like "necessity" or things like that, and also so we allow the evolution of law, because that's what case authority does. It doesn't free things completely so that there can be no future development of it. I appreciate that distinction. On the one hand it can produce uncertainty, but the other side of the uncertainty that is produced is flexibility.

[Translation]

posé de bonnes questions sur les documents qui ont été présentés à l'origine. Lorsque je les ai lus, à mes yeux, les yeux de quelqu'un qui a travaillé devant les tribunaux, ces documents me semblaient rejeter le concept du droit commun.

Il y a eu une évolution, une évolution des dossiers et de l'interprétation des dispositions une fois que ces dernières ont été adoptées. Il ne s'agit pas d'une idée statique qu'on retrouve dans un mot, dans un phrase ou dans une disposition; tout cela évolue. Et contrairement à ce que l'on retrouve dans les commentaires d'introduction du cadre général, il ne s'agit pas de concepts statiques issus de juges anglais il y a des centaines d'années. C'est peut-être là qu'est née la jurisprudence canadienne, dont les racines s'étendent jusqu'en Grande-Bretagne, mais les choses ont évolué depuis. J'ai essayé de faire ressortir cet aspect dans le mémoire que nous avons présenté, j'ai parlé de certaines défenses, par exemple, qui étaient typiquement canadiennes, comme l'affaire *Lavalée* pour les cas d'autodéfense et *La Reine c. Sault-Sainte-Marie* pour les cas de responsabilité absolue.

À mon avis, si je peux m'exprimer ainsi, cela a toujours été un des points forts de notre droit pénal et de notre système judiciaire. Il évolue et s'adapte aux cas particuliers. Je crois que je peux dire que notre système est vivant.

On a tort de supposer que le fait de redéfinir les termes et de laisser quelqu'un choisir d'autres phrases qui à ses yeux reflètent mieux ce que la disposition devrait stipuler règlera tous les problèmes, et que par la suite plus personne ne mettra en doute ce que veulent dire ces termes.

L'expérience m'a appris que dans un système de justice pénale contradictoire, lorsqu'on utilise divers termes, quelqu'un essaiera de soutenir que ces mots veulent dire quelque chose de différent et que le tribunal devrait les interpréter de façon différente. On revient toujours à la case départ.

Je ne dis pas du tout que si l'on identifiait un problème particulier dans les dispositions générales, d'un point de vue conceptuel, qu'on ne devrait pas étudier cette question; je pense simplement, et j'ai une longue expérience dans le domaine, que changer des choses simplement pour dire qu'on les change ne fera qu'accroître le nombre de litiges présentés aux tribunaux.

L'Association reconnaît également que les recommandations proposées touchaient la codification de défenses déjà établies; c'est-à-dire que nombre d'entre elles sont déjà codifiées et sont éparpillées dans le Code criminel, mais nombre d'entre elles sont également préservées par le droit commun. Encore une fois, je ne sais pas si la codification des défenses est une panacée. Je crois qu'il serait approprié de le faire dans les dispositions générales. Mais je ne crois pas qu'il soit particulièrement judicieux de procéder de cette façon. Il n'y a rien qui cloche vraiment. Je crois qu'il faudrait être très prudent et s'assurer que l'on reflète bien la loi actuelle, par exemple, pour des défenses comme «l'état de nécessité» et les choses du genre. Il faut également tenir compte de l'évolution du droit parce que c'est ce que la jurisprudence fait. Elle laisse toujours une certaine marge de manoeuvre pour assurer l'évolution du droit. Je reconnais qu'il faut faire la distinction. D'un côté il peut y avoir une certaine incertitude, mais de l'autre on a une certaine souplesse.



## [Texte]

In the same sense that we have wide ranges of sentencing available, on the one hand as a criticism it can result in disparity of sentences, but on the other hand it can also reflect itself in what I still think is the cardinal principle of sentencing; that is, that you sentence this offender for this offence. It allows that great flexibility to be there.

The framework also spoke of “mental disorder”. It may be somewhat dated, because we had the amendments to the Criminal Code in relation to that. It also spoke in general terms of “jurisdiction” and also of “contempt of court”.

The point we made or tried to make in the brief about “contempt of court” was that, again, I don’t think it’s necessarily all that difficult to define contempt *in facie curiae*, in the face of the court. In my opinion, we are in an interesting time, when we are working through the beginnings of a charter of rights system, in which parliamentary supremacy is not quite what it used to be, and we have decisions being made by a court that potentially may invite public comment and public discussion.

Codification of contempt of out-of-court statements... I must admit, I sat down and tried to think about how I would draft something like that. I had a very real difficulty in trying to draft something. I must confess, as I think is probably apparent, that I am by no means an academic lawyer. I think this is a tome, if I could put it that way, of that kind. There are some specific things. As I went through it, however, and I don’t actually expect that this is what you had anticipated, I saw something on which I thought we could improve one of the sections. It deals with the section on “duties” that is contained in the framework at the very beginning of it. I thought we could expand a section of the Criminal Code. It is paragraph 215(2)(ii). It deals with the failure to provide essentially the necessities of life to children.

• 1645

It is an irony that the scope or the consequences of criminal regulation of animals is broader than it is in relation to children. Indeed, if you are convicted of causing unnecessary pain and suffering to animals, the court can issue an order that you are not allowed to have custody of animals for a time period. Yet that is not contemplated in the criminal legislation. I can understand all sorts of reasons why it isn’t. But I can also tell you some of the frustrations involved as a prosecutor in seeing cases where... I suppose if I put it this way—again similar to a topic we were discussing this morning—it may well be in society that we are reaching the point of being so negligent a parent and so abusive a parent it should ultimately attract criminal attention.

The expansion of the word contained in our brief would make that more possible and allow us to do something in the criminal sphere where, at least in my opinion, it would certainly be appropriate.

We essentially are of the view that there are many other areas of criminal justice, not simply the Criminal Code but the entire component parts, that are much more immediate in the sense of their need of correction to ultimately provide

## [Traduction]

De la même façon, il peut y avoir toute une gamme de sentences pour une même peine, et certains disent qu’il y a une disparité des sentences, mais de l’autre côté cela reflète le principe fondamental de la détermination de la peine: c’est-à-dire que vous donnez une peine à un contrevenant donné pour une infraction donnée. Cela permet également une plus grande souplesse.

Dans le document cadre on parle également de «troubles mentaux». C’est peut-être quelque peu périmé, parce qu’on a déjà apporté des amendements au Code criminel à cet égard. Le document parle également en termes généraux de «compétence» et également de «outrage au tribunal».

Nous avons essayé d’expliquer dans notre mémoire, en ce qui a trait à «outrage au tribunal», qu’il n’est pas vraiment très difficile de définir *in facie curiae*, outrage commis en face du tribunal. À mon avis, nous traversons une période intéressante où nous en sommes au début d’un système de charte des droits dans lequel la suprématie du Parlement a changé, et des décisions sont maintenant prises par un tribunal qui pourraient donner voix au chapitre au public.

La codification d’outrage au tribunal pour les déclarations faites à l’extérieur du tribunal... Je dois reconnaître que je me suis demandé comment je rédigerais une disposition là-dessus. J’ai eu beaucoup de problèmes. Je dois reconnaître, et c’est probablement évident, que je ne suis pas un juriste. Je crois que c’est un volume pour les juristes. Il y a des choses bien précises. Quand je l’ai lu, et je ne pense pas que vous vous attendiez à cela, j’ai découvert quelque chose qu’on pourrait améliorer. C’est la disposition sur les «devoirs» qui se retrouve dans les dispositions cadres au tout début. J’ai pensé qu’on pourrait élargir cette disposition du Code criminel. Il s’agit de l’alinéa 215(2)(ii) aux termes duquel commet une infraction quiconque omet de fournir les choses nécessaires à l’existence d’un l’enfant.

Il est ironique de constater que le Code criminel protège mieux les animaux que les enfants. En effet, le tribunal qui reconnaît quelqu’un coupable de causer des souffrances inutiles à un animal peut ordonner qu’on enlève à cette personne la garde d’un animal pendant un certain temps. Or, le Code criminel n’envisage pas cette possibilité. Je comprends bien pourquoi. Il est cependant très frustrant à titre de procureur de voir que dans certains cas... Il se peut bien—et nous discutons d’un sujet semblable ce matin—que dans notre société, les enfants sont victimes de tellement de négligence et de mauvais traitements de la part de leurs parents qu’on ne peut plus contester le fait qu’il s’agisse de crimes.

Nous recommandons dans notre mémoire la criminalisation de ces actes lorsque cela s’impose.

D’après notre organisme, il conviendrait de revoir en priorité certains aspects de notre justice criminelle, et pas seulement la partie générale du Code criminel, si nous voulons vraiment protéger le public. Nous sommes conscients



[Text]

protection of the public, that have a higher priority for our organization than the general part. But I am sure all of us would be pleased to answer any questions you may have, at least on that rather superficial analysis, sir.

**The Chairman:** This green document is not the committee document type of thing. We are using that as a master document. In the interim we have had a new report from the Canadian Bar Association entitled *Principles of Criminal Liability*, which also is quite good. It has some very good analysis and rationale, etc. I would certainly commend it to you.

**Mr. James M. Kingston (Chief Executive Officer, Canadian Police Association):** The only comment I would like to make, Mr. Chairman, is in the way of an apology. We did agree that we would come back with a complete clause-by-clause analysis. I naively had no idea what the hell I was committing our counsel to do. He told me there were only so many hours in the day, that we had other briefs to do, and it was just too difficult.

**Mr. Rideout:** So we conclude from that that you are not going to come back for a clause-by-clause analysis.

**Mr. Newark:** A pretty safe assumption.

**Mr. Rideout:** In the general part, do you think it should include any sentencing principles? Should we leave that as a totally separate area dealing with sentencing, or should we have some sort of statement? What would be the elements that should be included in sentencing?

**Mr. Newark:** Bill C-90, as I'm sure you know, has many proposed principles on sentencing, and I suspect we may have a conversation later on that bill.

My comments about that one, though, would probably be the same about this. I'm somewhat concerned about the statements or principles on sentencing that are chosen and by necessity those that aren't chosen. What I found in C-90 is what is contained in there on statements of principle in terms of sentencing is what courts go through every single day. You can go through and find judgments that deal with that, for example in courts of appeal upholding sentences or reducing sentences. They are applied really on a day-to-day basis.

Again, there's no magic, and anything good or bad, in defining them and codifying them into the legislation. My concern is that you codify them all. At least on C-90, from my perspective, we are missing some, and the ones we're missing are the ones that indicate that sometimes it's unfortunately necessary to segregate individuals from society when their conduct poses a real danger to society.

So as a general rule that principles and sentencing be contained in the general part, I suppose so. I am more of a believer that what we need is fewer laws than more laws. I think there should be a purpose for something contained in there other than sort of a generic feel-good statement.

**Mr. Rideout:** Carrying on with what you were saying, Scott, what values in relation to sentencing would you see to be included, and what should be excluded?

[Translation]

du fait que nous vous avons présenté une analyse superficielle du sujet, mais nous serons heureux de répondre aux questions que vous voudrez bien nous poser.

**Le président:** Le comité n'est pas l'auteur de ce document vert. Nous nous en servons cependant comme d'un document de base. Nous avons aussi reçu un très bon rapport de l'Association du Barreau canadien qui s'intitule *Principes de la responsabilité criminelle*. Il analyse très bien le sujet. Je vous le recommande.

**M. James M. Kingston (directeur général, Association canadienne des policiers):** J'aimerais simplement vous présenter nos excuses, monsieur le président. Nous avons convenu de vous présenter une analyse article par article du projet de loi. Je n'avais absolument aucune idée du travail que cela allait représenter pour notre conseiller juridique. Il m'a dit que la journée ne comptait pas suffisamment d'heures, que nous avions d'autres mémoires à préparer et que la tâche était trop difficile.

**M. Rideout:** Faut-il en conclure que vous ne reviendrez pas nous présenter une analyse article par article.

**M. Newark:** Ce serait plus prudent.

**M. Rideout:** Pensez-vous que la partie générale du Code devrait comporter des principes touchant la détermination de la peine? Préférez-vous que ces principes figurent dans une partie distincte du Code? Que devrait comporter cette partie sur la détermination de la peine?

**M. Newark:** Comme vous le savez, le projet de loi C-90 propose un ensemble de principes sur la détermination de la peine, et je m'attends à ce que nous discussions plus tard de ce projet de loi.

Les propos que je tenais plus tôt s'appliquent probablement dans ce cas-ci aussi. Je me demande comment on fera un choix entre les principes qu'il faut retenir et ceux qu'il faut exclure. Les principes qui figurent dans le projet de loi C-90 sont ceux dont s'inspirent les tribunaux tous les jours. Les jugements rendus par les cours d'appel, par exemple, confirment ou réduisent les peines en fonction de ces principes. Ils sont donc appliqués quotidiennement.

Rien ne s'oppose à ce que le projet de loi les codifie. Il n'y a cependant rien de magique non plus dans cette solution. Je voudrais simplement m'assurer qu'on les codifie tous. À mon avis, le projet de loi C-90 n'est pas complet à cet égard, car il exclut le principe voulant qu'il soit parfois malheureusement nécessaire d'isoler certains individus de la société parce qu'ils constituent une menace pour celle-ci.

Je ne vois donc pas de raison de s'opposer à ce que la partie générale du Code criminel comporte des principes sur la détermination de la peine. J'estime qu'il nous faut moins de lois et pas davantage. L'inclusion de ces principes devrait être motivée par des raisons solides, et pas simplement par de bons sentiments.

**M. Rideout:** Dans cette optique, Scott, quels sont les principes touchant la détermination de la peine qu'il convient de retenir et ceux qu'il faut exclure?

[Texte]

[Traduction]

• 1650

**Mr. Newark:** Assuming we are going to use a codification of principles of sentencing, I would say a balance.

I used the phrase “this offender, this offence”. That actually comes from a specific sentencing case. It is very simplistic, but it also speaks volumes about the way our courts should be sentencing individuals.

Some of the specific principles that are taken into account are clear—they are done every single day—for example, the age of the offender, the circumstances of the offence, previous record, principles. You state them as well as the actual theories of sentencing: the need for deterrents, a recognition that other people are deterred by acts like that.

My point is that once you start to get into that you have to cover virtually everything. At least in Bill C-90 I do not see that. I only see it as being if not one-sided, fairly neutral. It does not cover the other spectrum, which is that some people have their conduct motivated, if I could use the example, against using violence because there is somebody bigger and stronger and tougher than they are, namely the state, which if they continue to assault people will put them in jail and take away their liberty. That is not a really sophisticated principle, but neither is beating somebody up. That is a tough one to put into words as a principle, but it is a very real principle in sentencing.

**Mr. Rideout:** I think all we were toying with is whether we need to put anything in the general part. Because it is now essentially in different cases, is there a need to codify, or should it still just remain as general case law, leaving some flexibility and open interpretation by the courts to suit whatever circumstances? All we are trying to grapple with is whether there should be an effective statement of principle.

**Mr. Jessop:** I think we need to be reminded that as people who practise in the profession, so to speak, our problems do not come from the judges who sentence. Our problems come from the public themselves who believe, for example, that a sentence is eight years, when in fact it is probably two and a half years at the worst of times, and maybe half of that at the best of times, so to speak, from whatever point of view you want to look at it.

**Mr. Rideout:** I thought it had a perspective to it.

**Mr. Jessop:** For the other side. Let us put it that way.

Anyway, this is a public document, and if you are going to say those things, you have to say to the public, this is what a sentence is, and this is what incarceration is. And you may have to define that too. It has to take in all those things.

**Mr. Newark:** If you are going to do it at all, you should do it all. If you are going to say part of it, you should say it all.

**M. Newark:** À mon avis, il faudrait en arriver à un équilibre dans la codification des principes touchant la détermination de la peine.

J'ai parlé «d'un contrevenant donné et d'une infraction donnée». J'ai tiré ces mots d'une affaire portant sur la détermination de la peine. C'est peut-être une façon simpliste de présenter les choses, mais à mon avis, c'est de cette façon que les tribunaux devraient voir la question de la détermination de la peine.

Certains principes sont assez clairs, et on en tient compte tous les jours. Il s'agit notamment de l'âge du délinquant, des circonstances entourant l'infraction, du dossier criminel antérieur et des principes. À ceux-ci s'ajoutent les théories sur la détermination de la peine comme la théorie de la dissuasion.

À mon avis, il faudrait rien n'omettre si l'on décide d'inclure les principes sur la détermination de la peine. Je n'ai pas l'impression que le projet de loi C-90 est à la hauteur. Il me semble assez neutre à cet égard. Il ne reconnaît pas le fait que ce qui empêche certains individus de recourir à la violence, c'est la crainte de l'intervention de quelqu'un plus fort et plus dur qu'eux, soit l'État qui n'hésitera pas à les emprisonner et à les priver de leur liberté s'ils continuent à agresser les gens. Il ne s'agit pas d'un principe très raffiné, mais le fait de rouer quelqu'un de coups ne relève pas davantage de grands principes. Il est évidemment difficile de refléter cet état de fait par des mots, mais il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un principe très réel qui s'applique à la détermination de la peine.

**M. Rideout:** Tout ce que nous aimerions savoir, c'est s'il convient d'inclure certains principes à la partie générale du Code. Nous nous demandons s'il convient de codifier ces principes ou si nous devrions plutôt laisser aux tribunaux le soin d'adapter ceux-ci aux circonstances de chaque cas? Il s'agit donc tout simplement de savoir s'il faut inclure un énoncé de principe à la partie générale.

**M. Jessop:** Il ne faudrait pas oublier que les problèmes auxquels nous sommes confrontés, dans l'exercice de notre profession, ne sont pas le fait des juges qui fixent les peines. En effet, les problèmes que nous connaissons découlent plutôt du fait que le public croit qu'un détenu qui a été condamné à une peine de huit ans purge vraiment cette peine alors qu'au mieux, il en purgera la moitié et au pire, deux ans et demi.

**M. Rideout:** Je croyais qu'il y avait une raison à cela.

**M. Jessop:** Je croyais qu'il y avait de bonnes raisons à cela. C'est évidemment ce que l'autre camp soutient.

Comme il s'agit d'un document public, il faudrait préciser, à l'intention du public, ce qu'on entend par une peine et ce que constitue l'incarcération. Il faudrait ne pas omettre quoi que ce soit.

**M. Newark:** Il faudrait évidemment ne rien omettre si l'on décide d'inclure des principes. On ne peut faire autrement.



[Text]

I always found remarkable how it was perfectly acceptable and proper—and I understand why—to take into account pre-trial custody served by an accused in calculation of sentence. Not only do you take into account pre-trial custody. . . It is called the discount rate. It is like being at Zellers on discount days. You served one month, so that is equal to. . . Yet at the same time, when somebody is doing that and counsel is inviting the court to take that into account, it is an error of law for the court to say I think you should be serving *x* amount of time, but I know you are only going to serve two-thirds of that sentence as a maximum.

If we are going to get into speaking about sentencing principles, we should be completely honest about it. I have never understood why we are not.

**Mr. Rideout:** Do you think intoxication should be recognized in the general part as a defence?

**Mr. Newark:** If we are going to codify defences, we have it within our capacity to codify how intoxication works as a defence in reducing specific intent to general intent. At the same time, we should state that it does not work as a defence on a general intent offence. My point is the same, though: that if we are going to express one, we should express it all the way.

**Mr. Rideout:** We have been given some suggestions that perhaps there could almost be an offence of intoxication associated with whatever the crime is—you are guilty of break and enter with intoxication—to use it as a defence in part to mitigate against the sentence. In other words, it is half-price days.

• 1655

**Mr. Newark:** Although I'd hesitate against codifying that for example and making break and enter with intent or break and enter while intoxicated, that sort of thing, a lesser offence. Because I guarantee you what's going to happen right away is we're going to start quibbling about what intoxication means and whether he really was or whether he really wasn't.

**Mr. Jessop:** I might add to that. Those kinds of statements make my blood boil, to tell you the truth from the point of view of a police officer. We talk about intoxication. The other day we arrested a person for stabbing an individual 28 times. I went to his legal counsel and I said I want a sample of his blood and I want a sample of his breath, if I could have got it at the time, which I couldn't, in order to determine whether he was intoxicated or not. It's his right to tell me to buzz off and that I can't have it. But then these people come along and say well let's take this subjective interpretation of intoxication and make it a defence. You have to look at it from our point of view. If we're going to do that, I want the right and I want the ability to determine objectively what it was.

**Mr. Newark:** Instead of six months or two years after the fact having a forensic psychiatrist on the stand explaining to us what was in the accused's mind at the point when he was stabbing an individual because he's spoken with him maybe once for about 35 minutes and he can tell us all of that.

[Translation]

J'ai toujours été surpris de voir comment on jugeait tout à fait acceptable et même tout à fait indiqué—et je comprends pourquoi—de tenir compte dans le calcul de la peine de la période d'incarcération précédant la tenue du procès. Non seulement on tient compte, mais on dit qu'il s'agit du rabais accordé. C'est comme si on se prenait pour le magasin Zellers. Un mois d'incarcération équivaut à. . . On accepte donc que l'avocat de la défense invite le tribunal à tenir compte de la période d'incarcération avant le procès, mais on s'offusquerait du fait que le tribunal dise voilà la peine qui vous est infligée, mais nous savons que vous en purgerez au plus les deux tiers.

Il faudrait être tout à fait honnête si nous voulons parler des principes relatifs à la détermination de la peine. Je n'ai jamais compris pourquoi nous ne l'étions pas.

**M. Rideout:** Pensez-vous que l'intoxication devrait être reconnue comme un motif de défense dans la partie générale du Code?

**M. Newark:** Si l'on décide de codifier les défenses, il nous est possible de préciser comment l'intoxication peut être invoquée comme motif de défense pour transformer une intention spécifique en intention générale. Nous devrions aussi préciser qu'on ne peut pas invoquer ce motif à l'égard d'une infraction faisant intervenir l'intention générale. Je veux insister sur le fait qu'il faut énoncer tous les principes si l'on décide d'en énoncer quelques-uns.

**M. Rideout:** Certains proposent qu'on puisse invoquer le motif de défense de l'intoxication à l'égard de tout crime dont on serait accusé. On pourrait ainsi parler d'introduction avec effraction en état d'intoxication. Autrement dit, dans ce cas-là, un rabais s'appliquerait au crime commis.

**M. Newark:** J'hésiterais à recommander qu'on réduise la peine prévue dans le cas de l'introduction par effraction si le délit est commis en état d'intoxication. Je peux vous assurer que c'est si le cas, on n'en finira plus de débattre du sens à donner à intoxication.

**M. Jessop:** Permettez-moi d'intervenir. Comme policier, ce genre d'affirmations me mettent en furie. Parlons de l'intoxication. L'autre jour, nous avons arrêté un individu qui avait poignardé 28 fois sa victime. J'ai demandé à son avocat qu'on nous fournisse un échantillon de son sang et de son haleine pour voir s'il était en état d'intoxication, ce qui m'a été refusé. L'avocat avait tout à fait le droit de refuser ma demande. Or, ce sont ensuite ces mêmes avocats qui allèguent comme motif de défense qu'on interprète de façon subjective ce qu'on entend par intoxication. Il faut se mettre à notre place. Si l'on veut reconnaître ce motif de défense, je veux qu'on me donne la possibilité d'établir objectivement si l'individu était en état d'intoxication.

**M. Newark:** Il ne faudrait pas s'en remettre au jugement d'un psychiatre légal qui, après avoir discuté pendant 35 minutes avec le prévenu, viendrait nous expliquer six mois ou deux ans plus tard les pensées qui l'habitaient au moment où il a poignardé sa victime.

[Texte]

Actually we do take into account in sentencing if an individual is intoxicated. It may not be a defence, for example, as an absolute defence. A break and enter with intent, if somebody's sufficiently intoxicated... And it happens in the area where I used to prosecute: somebody would be sufficiently intoxicated that they'd wander into somebody else's house. Well technically that's a break and enter, and the presumption section is in there that there's a break and enter with intent. We would call the evidence, and the onus is really on that person to show that they didn't have the intent to commit an indictable offence, except it was glaringly obvious from the crown's own evidence that the person was so intoxicated they didn't have any intent. Okay, well that's a defence to that charge, and properly so. On other offences where it's not a defence, like a general intent offence, it's still taken into account by the court. It may not be an excuse, but it is recognized at least that the individual was intoxicated.

Sometimes I have to tell you it's not always for the offender's benefit, because what may go along with that, in my opinion, in creative sentencing, in good sentencing, is that what's going on here is that you have somebody with an alcohol problem, and what might have been dealt with by way of simply a fine is dealt with by a fine plus probation with conditions of probation saying no drinking, and that can be often very difficult for somebody to live up to. The consequences usually of that, at least in my jurisdiction, are incarceration if you don't live wilfully up to a probation order. But it's designed to get at what caused the person to come into court in the first place.

**Mr. Rideout:** I'm just trying to get some opinions and some reaction. This one should be a good one too. How do you feel about entrapment as a defence? Impossible to happen, I am sure.

**Mr. Newark:** No, no, no, it's not. It calls on I think probably the most skill and judgment and integrity of police officers and crown attorneys to avoid situations like that, because what can happen is that you can end up in situations you never anticipated and then suddenly something gets out of hand and gets out of control.

Personally, having had some experience—and in this one we haven't had a discussion, so I'm afraid this is my own opinion—it's a legitimate and real defence.

**Mr. Jessop:** I agree.

**Mr. Rideout:** Then you would see that as being included in the general part.

**Mr. Newark:** Again, whether codified or not, it is... I've encountered circumstances frankly where I have intervened as a prosecutor and stayed the charge because it was an inappropriate circumstance for prosecution. It didn't mean that the individual didn't necessarily commit a crime, but it was an inappropriate circumstance, the essence of it being that the offence would not have been committed were it not for the actions of an agent of the state inducing the individual to act.

**Mr. Rideout:** Do you like that concept of a stay rather than an acquittal?

[Traduction]

Si le prévenu était en état d'intoxication lorsqu'il a commis son crime, nous en tenons compte. On ne peut cependant invoquer ce motif de défense comme une défense absolue. Si quelqu'un est suffisamment intoxiqué, une introduction par effraction dans le but de commettre un vol... Dans la région où je travaillais comme procureur de la Couronne, il arrivait parfois que quelqu'un soit tellement intoxiqué qu'il entre dans la maison de quelqu'un d'autre sans y être invité. D'un point de vue technique, il s'agit d'une introduction par effraction dans un but bien précis. Dans ce cas, il incomberait à cette personne de prouver qu'elle n'avait pas l'intention de commettre un crime. Dans des cas semblables, la preuve établirait de façon évidente que la personne était tellement intoxiquée qu'elle ne savait pas ce qu'elle faisait. Il convient donc, dans ces cas-là, qu'on puisse invoquer ce motif de défense. Le tribunal en tient même compte à l'égard d'un délit d'intention générale même si ce n'est pas considéré comme un motif de défense. Cela n'excuse pas le coupable, mais on tient tout de même compte de ce fait.

Je me permets de faire remarquer que ce n'est pas toujours dans l'intérêt du contrevenant, car si le juge est innovateur, il assortira son amende d'une période de probation pour tenir compte du fait que l'individu abuse de l'alcool. Il peut être difficile à quelqu'un de respecter une ordonnance lui interdisant de consommer de l'alcool. Dans la région d'où je viens, celui qui ne respecte pas l'ordonnance de probation peut se retrouver en prison. L'objectif visé est évidemment d'amener la personne à régler son problème d'alcoolisme.

**M. Rideout:** J'essaie simplement de connaître votre réaction à diverses suggestions. En voici une bonne. Pensez-vous que la provocation policière devrait constituer un motif de défense? Cela n'arrive jamais, j'en suis sûr.

**M. Newark:** Non, cela peut se produire. Les policiers et les procureurs de la Couronne doivent faire preuve de compétence et de jugement afin d'éviter ce genre de situations, car quelque chose d'imprévu peut se produire et le pire peut arriver.

Comme nous n'avons pas discuté de cette question, c'est mon avis personnel que je vous donne. Je pense que c'est un motif de défense légitime.

**M. Jessop:** J'en conviens.

**M. Rideout:** Vous pensez donc que ce motif de défense devrait être inclus dans la partie générale du Code.

**M. Newark:** Encore une fois, qu'on codifie cela ou non... Il m'est déjà arrivé comme procureur de la Couronne de suspendre les procédures parce que les preuves n'avaient pas été obtenues de la façon qu'il convenait. Cela ne veut pas dire que l'individu n'avait pas commis le crime qu'on lui reprochait, mais essentiellement que ce crime n'aurait pas été commis s'il n'avait pas été incité à le faire par un agent de l'État.

**M. Rideout:** Dans ce cas, vaut-il mieux qu'on suspende les procédures au lieu d'acquitter le prévenu?



[Text]

**Mr. Newark:** Six of one, half a dozen of the other. In reality, in 12 years we never reactivated on a stay.

**Mr. Rideout:** Right. I think the end result is the same, but—

**Mr. Jessop:** We go through all of that business when we tell people when they go on probation that we're going to bring them back before the court. To be of good behaviour and all the rest of that malarkey that the judge reads to them, it just never happens. So you can't give it any credibility, because it doesn't exist.

I vary a little bit from my legal friend on entrapment. I would have to see the definition before I would. . . Sometimes there is just no other way. It depends on how you codify that. What is "entrapment"? Is entrapment simply giving a person the opportunity to do what he normally would have done another time without our watching it, or is it actually leading him into that defence?

• 1700

**Mr. Newark:** We actually have a case in the Supreme Court of Canada. I believe Parks and the Queen is the leading case on entrapment. It's a very accurate point. It turns very much on the facts of the case.

**Mr. Rideout:** I appreciate that. Maybe you could give me some ideas of what you think a rough definition of "entrapment" is, so that we would know where the line in the sand might be.

**Mr. Newark:** Just pretty much the one that I gave you before, that literally the conduct would not have occurred were it not for the actions of the state or the agent of the state.

**Mr. Rideout:** Then the effect of that, if I understand it, would be that there would be no defence of entrapment.

**Mr. Newark:** No.

**Mr. Rideout:** I'm seeking your definition.

**Mr. Newark:** If, for example, an agent of the state was out doing a break and enter and stealing property and then getting a friend to store it in his building, and then turning around and telling a police officer that the property was in the guy's building, I have a problem prosecuting that. Or an informer being paid to provide that information—I have a problem with that. To me that's manufacturing crime.

**Mr. Jessop:** We ran into that kind of problem with money sting operations. We would set up shop and buy stolen VCRs, TV sets, cars and whatever else comes by. The Americans seem to think that it's quite acceptable. Some of our people don't. But if you can prove that the individuals you're buying from were actually doing this and selling to some other individual before you took up the operation, I don't have a problem with that. What I do have a problem with is becoming known as a receiver of stolen goods and then some 13-year-old kid, who was not predisposed to break-ins before, learns that you're running that kind of a store and decides to do a break in and to bring his stolen property to you. But I think all of those things can be properly dealt with.

[Translation]

**M. Newark:** C'est du pareil au même. En réalité, je n'ai jamais vu, en 12 ans, un cas où on ait repris les procédures après qu'on les ait suspendues pour cette raison.

**M. Rideout:** En effet. Le résultat final est le même, mais. . .

**M. Jessop:** Nous faisons face à la même situation lorsque nous disons à ceux qui font l'objet d'une ordonnance de probation que nous allons les ramener devant le tribunal s'ils ne s'y conforment pas. Le juge leur fait toutes sortes de recommandations, mais cela ne se produit jamais. Comme le cas ne se présente jamais, on ne peut pas y croire.

Je ne partage pas tout à fait le même avis que mon collègue avocat sur la victime d'un piège. Il faudrait qu'on me présente la définition de ce qu'on entend par là avant que je ne puisse. . . Parfois, il n'y a pas d'autre façon de s'en sortir. Tout dépend de la façon dont on codifiera cela. Qu'entend-on par «provocation policière»? S'agit-il tout simplement de donner à quelqu'un l'occasion de faire quelque chose qu'il aurait de toute façon fait si on ne le surveillait pas, ou l'incite-t-on vraiment à commettre un crime?

**M. Newark:** La Cour suprême du Canada est actuellement saisie d'une affaire semblable. Je crois que l'affaire qui fait jurisprudence à ce sujet est l'affaire Parks c. la Reine. Tout dépend des faits entourant l'affaire.

**M. Rideout:** Je comprends. À votre avis, qu'elle pourrait être une définition approximative de «provocation policière»?

**M. Newark:** Comme je vous le disais plus tôt, il devrait s'agir d'un cas où l'acte commis n'aurait pas eu lieu sans l'intervention d'un agent de l'État.

**M. Rideout:** J'en conclus donc qu'on ne pourrait pas invoquer comme motif de défense le fait d'avoir été victime d'un piège.

**M. Newark:** Non.

**M. Rideout:** Je vous demande de nous proposer une définition.

**M. Newark:** Prenons l'exemple suivant. Un agent de l'État entre par effraction dans un lieu quelconque dans le but de commettre un vol et demande ensuite à un ami d'entreposer le butin chez lui. Je vois mal comment on peut tenter des poursuites contre celui qui aurait caché le butin dans des circonstances pareilles. Je m'oppose aussi au recrutement d'informateurs payés. À mon avis, on fabrique ainsi un crime.

**M. Jessop:** Le problème s'est posé au sujet des arnaqueurs. Nous achetons notamment des magnétoscopes, des téléviseurs et des voitures volées. Les Américains pensent que la pratique est tout à fait acceptable. Chez nous, certains s'y opposent. À mon avis, la situation n'est pas la même si on peut prouver que ceux de qui on achète ces marchandises volées faisaient déjà ce commerce avant qu'on leur tende un piège. Je m'oppose cependant à ce qu'on se fasse connaître comme un acheteur de marchandises volées, ce qui pourrait inciter un jeune de 13 ans qui n'avait jamais songé auparavant à commettre des vols par effraction de le faire. À mon avis, on peut cependant régler tous les problèmes de ce genre.

[Texte]

**Mr. Kingston:** I think the case in point that I found offensive was John Delorean. I think that was probably about as high a profile case as they get. They set out with an idea to set this fellow up. In fact they videotaped him. They knew he was short of cash and that he probably would do anything to keep his car company afloat. That is a classic case of entrapment. I don't think the agents of the state should be doing that. They're setting out with no real evidence that this person is a drug trafficker, but they're going to entice him into an act to do that. That, to me, is very much entrapment.

Sitting back and setting up a shop as an offence and having people come off the street with their stolen property to give to you I think is a little different.

**Mr. Newark:** It also underscores something about the importance of the relationship between the crown and a civilian control of police authority. In theory, if the crown is aware of all the circumstances of what's going on, it should be able to intervene and say well now, wait a minute, before we go any further on this charge of possession of stolen property, this is not the right circumstance, so that's the end of that, and you should terminate the relationship. That is the way our system is supposed to work, that there is that free flow of information. Once the charge is laid there is civilian control of the prosecution. That is the way the system is supposed to work.

**The Chairman:** We have no further questions. Your supplemental brief is there. You were here before, and you make your points very well. Thank you very much for staying around this afternoon to meet us at 4:30. I know you were before another committee this morning and you had to sort of hang around town, I suppose. Thank you very much.

**Mr. Newark:** Thank you, sir.

**The Chairman:** We stand adjourned.

[Traduction]

**M. Kingston:** L'affaire John Delorean m'a particulièrement choqué. C'est une affaire qui a beaucoup retenu l'attention. On a décidé de tendre un piège à cette personne. On a tout enregistré sur bande vidéo. On savait que cet homme manquait d'argent et qu'il ferait à peu près n'importe quoi pour sauver sa compagnie de voitures. Il s'agit d'un exemple type de provocation policière. Les agents de l'État ne devraient pas agir de cette façon. Ils n'ont aucune preuve que cette personne est un trafiquant de drogues, mais ils vont s'arranger pour qu'il le devienne. À mon avis, c'est de la provocation policière.

À mon avis, le fait de poser en receleur de marchandises volées ne constitue pas tout à fait la même chose.

**M. Newark:** Cela fait aussi ressortir l'importance de la relation qui doit exister entre la Couronne et l'organisme civil de contrôle des forces policières. En théorie, la Couronne devrait être suffisamment au fait des circonstances de chaque cas pour décider s'il convient d'intenter ou non des poursuites pour possession de marchandises volées. On devrait alors mettre fin à la relation. Notre système doit se fonder sur la libre circulation de l'information. Lorsque des accusations sont portées, ce sont des civils qui doivent être chargés des poursuites. Voilà comment le système est censé fonctionner.

**Le président:** Nous n'avons plus de questions à vous poser. Nous avons reçu votre mémoire supplémentaire. Vous avez déjà comparu devant le comité, et vous avez très bien exposé votre point de vue. Nous vous remercions d'avoir attendu jusqu'à 16h30 pour comparaître. Je sais que vous auriez pu quitter la ville ce matin après avoir comparu devant un autre comité. Merci beaucoup.

**M. Newark:** C'est moi qui vous remercie.

**Le président:** La séance est levée.



## **APPENDIX "CODE-8"**

### **BRIEF TO THE HOUSE OF COMMONS STANDING COMMITTEE ON JUSTICE AND THE SOLICITOR GENERAL**

**RE: Proposed Revisions for Automatism as Contained in the Draft,  
"Toward a New General Part for the Criminal Code of Canada"**

**Submitted by:**

**The Canadian Psychiatric Association**

**Ottawa**

**November 5, 1992**

**Contact:**

**B.A. Saunders  
(613) 234-2815**



**The Canadian Psychiatric Association's Response to the Provisions on Automatism as Contained in the Draft, "Toward a New General Part for the Criminal Code of Canada"**

Prepared by Drs. Maralyn MacKay and Nizar Ladha, September 1992

The Canadian Psychiatric Association (CPA), on behalf of its 2400 members, welcomes the opportunity to contribute to the discussion on the draft document "Toward a New General Part for the Criminal Code of Canada". The CPA is pleased to offer comment on the revision of those parts of the Criminal Code which govern the arrangements our society provides for persons both mentally ill and in conflict with the law, specifically those which pertain to the concept of automatism.

CPA wishes to address the concept of automatism as outlined in "Toward a New General Part for the Criminal Code of Canada", and we offer a list of our concerns and the recommendations which arise out of these concerns.

The recommendations below incorporate the following assumptions:

- 1) With respect to automatism the law historically has been influenced by the Cartesian mind/body dichotomy.

In this model functional illness roughly correlates with diseases of the mind; organic illnesses with diseases of the brain (body).

Organic mental disorders are defined as those disorders which are causally related to demonstrable pathology.

Functional mental disorders are defined as those disorders in which there is no demonstrable pathology.

- 2) With modern technology this distinction is disappearing. The ability to produce scans which reflect cellular function and which allow visualization of anatomical features of the living brain of small and smaller dimensions makes it possible to identify abnormalities in brain structure and function in illness previously identified as functional. For example, CT scans of brain show increased ventricular size in schizophrenia. PET scans identify patterns of glucose utilization which differ in schizophrenia, depression and the normal brain. Sophisticated biochemical markers offer the promise to identify illnesses previously considered "functional" as "organic".

As this continues the brain/mind distinction and the functional/organic distinction become less useful and incorrect.

- 3) The recent amendments use the term "mental disorder". This is meant to replace what was defined in law as disease of the mind. Mental disorder includes broad categories in current psychiatric classification systems, one of which is organic mental disorder.

Mind, when defined in the metaphysical sense or on the basis of where it resides or what it looks like, appears to be an abstract concept. However, when the mind is defined functionally, that is from the perspective of what it does, then it becomes clear that the mind is a physical, practical and demonstrable entity. The mind thinks, it has feelings, it has memory, it has judgements, it creates gestures and directs behaviour and it has awareness of the function of the human person and the person's surroundings. Therefore, when the mind is conceptualized in terms of what it does, it becomes at once a practical, demonstrable, biological system of the human person. This system is intimately tied with other systems of the human body such as the endocrine system, the cardiovascular system, the respiratory system and indeed all systems in the body.

Hypoglycaemia, hypo or hyperthyroidism, which are disturbances of the endocrine system can cause disturbances of the function of the brain which can lead to mental disorders and abnormal behaviours which may be against the law. Such mental disorders are termed organic mental disorders in the modern psychiatric classification of disorders. The fact that the original dysfunction such as hypoglycaemia was outside the brain only points to the cause of the mental disorders; it nevertheless is an organic mental disorder caused by a disturbance in the body of enough severity to affect the function of the mind. There are conditions of hypoglycaemia of mild form that are not sufficient to cause disturbance of mental functions.

Temporal lobe epilepsy sometimes known as partial complex seizures, is another example. During an epileptic seizure, called the ictal state, or during a period immediately following the seizure, called the post ictal state, a person may behave in an abnormal and illegal way. This behaviour is not independent of the person's mind. It is as a result of organic disorder of the mind affected by electrical disturbances in the brain which can be demonstrated on EEG (Electroencephalograph). The body therefore, is functioning with a disordered brain and mind in command, and not independently of the brain and mind.

In dementia, such as Alzheimer's disease, memory and judgement are affected, as they are in somebody suffering from stroke, as they may be in somebody who has pneumonia. The infection of pneumonia can lead to an organic mental disorder in a susceptible person.

Sleepwalking and somnambulism is also a disorder demonstrable by EEG. All the illnesses cited above are physical illnesses which cause organic mental disorders and are likely to recur or be permanent. All require careful psychiatric and medical monitoring.

- 4) Automatism assumes the dichotomy of mind and body. When it is said that the accused functions as an automaton, it is meant that the body acts independently and separately from the mind. Such an assumption is erroneous. The behaviour and the function of the body is always governed by the mind, whether normal or disordered.

The concept of automatism, based on a factor 'external' to the mind affecting the mind, can not be supported.

- 5) The difficulties with the concept of automatism include:

- A) We currently understand disturbances in behaviour/emotion/cognition to reflect altered brain function - whether the cause is a blow to the head, carbon monoxide poisoning, brain tumour, stroke, schizophrenia, etc. All are mental disorders.
- B) Some behaviour disturbances included in automatism, for example somnambulism, have been demystified by medical science. The sleep laboratory EEG is abnormal in somnambulists, hence the behaviour becomes a result of altered brain physiology and not a mystical experience.
- C) Some causes of disturbance in behaviour/emotion/cognition which by case law have been included in automatism have potential for recurrence.
- D) The distinction between sane and insane automatism has come to be only meaningful in a legal sense. Behaviours classified in law as sane and insane automatism are the result of identifiable mental disorders.

- E) The use of the term 'dissociative state' in law differs significantly from current psychiatric nomenclature.

Dissociative states in current psychiatric nomenclature include:

- 1) highway hypnosis;
- 2) multiple personality disorder;
- 3) psychogenic fugue;
- 4) somnambulism.

In these states the body does not function independently of the brain but operates as a result of a mental disorder. The dissociative states caused by an external factor such as hypoglycaemia are mental disorders. Such disorders may be discreet and short lived but may have a potential for recurrence.

## RECOMMENDATIONS

- 1) The illnesses that are thought to cause automatism are mental disorders. They should fall under the present legal definition of mental disorder and be dealt with under the new law governing mentally disordered offenders. This law allows the flexibility of disposition of the accused as appropriate.
- 2) The concept of automatism has no place in law; it should be abolished.

**APPENDICE «CODE-8»****MÉMOIRE AU  
COMITÉ PERMANENT (CHAMBRE DES COMMUNES)  
DE LA JUSTICE ET DU SOLICITEUR GÉNÉRAL**

**OBJET :**       Projet de révision du concept d'automatisme contenu dans la  
                 «Proposition de nouvelles dispositions générales du *Code criminel du Canada*».

**Présenté :**

**Par l'Association des psychiatres du Canada**

**Ottawa**

**Le 5 novembre 1992**

**Contact :**       **B.A. Saunders**  
                  **(613) 234-2815**



Réponse de l'Association des psychiatres du Canada aux dispositions sur l'automatisme contenues dans la «Proposition de nouvelles dispositions générales du Code criminel du Canada».

Préparée par le D<sup>r</sup> Maralyn MacKay et le D<sup>r</sup> Nizar Ladha

Septembre 1992

L'Association canadienne des psychiatres, au nom de ses 2 400 membres, est heureuse de contribuer à la discussion entourant le document préliminaire «Proposition de nouvelles dispositions générales du Code criminel du Canada». Nous tenons à donner notre avis sur la révision des parties qui régissent le traitement réservé par la société aux personnes qui souffrent de troubles mentaux et qui ont enfreint la loi, plus particulièrement les parties qui concernent l'automatisme.

L'Association a examiné la notion d'automatisme telle qu'elle est abordée dans la «Proposition de nouvelles dispositions générales du Code criminel du Canada» et elle désire faire part au Comité des recommandations qui découlent de cette étude.

Nos recommandations se fondent sur les prémisses suivantes :

- 1) La règle de droit a toujours été influencée par la dichotomie cartésienne mettant en opposition le corps et l'esprit.

Dans ce modèle, une maladie fonctionnelle correspond en gros à une maladie de l'esprit, et une maladie organique à une maladie du cerveau (le corps).

Les troubles mentaux organiques sont définis comme des troubles qui sont causés par une pathologie vérifiable.

Les troubles mentaux fonctionnels, eux, sont définis comme des troubles où n'existe pas de pathologie vérifiable.

- 2) La technologie moderne fait graduellement disparaître cette distinction. Grâce à la capacité d'obtenir des scanographies qui reflètent la fonction cellulaire et qui permettent de visualiser des caractéristiques anatomiques cérébrales de plus en plus minuscules, on peut désormais identifier des anomalies structurelles et fonctionnelles dans le cerveau de personnes souffrant de maladies qui étaient considérées comme fonctionnelles. Par exemple, des scanographies du cerveau chez des schizophrènes révèlent une augmentation ventriculaire. Par ailleurs, la tomographie par émission de positrons indique que le glucose n'est pas utilisé pareillement dans la schizophrénie, la dépression et

le cerveau normal. De nouveaux marqueurs biochimiques prometteurs nous amèneront peut-être à définir comme organiques des maladies qui ont toujours été considérées comme fonctionnelles.

Avec le temps, la distinction entre cerveau et esprit et entre fonctionnel et organique deviendra moins utile et moins pertinente.

3. Dans les dernières révisions, le terme «troubles mentaux» est utilisé pour remplacer ce que la loi définissait comme une maladie mentale. Dans le système actuel de classification psychiatrique, les troubles mentaux comprennent de grandes catégories, dont les troubles mentaux organiques.

Lorsqu'il est défini au sens métaphysique du terme ou en fonction de l'endroit où il siège et de son apparence, l'esprit appartient davantage aux notions abstraites. Cependant, lorsqu'il est défini selon sa fonction, c'est-à-dire dans l'optique de ce qu'il fait, il devient évident que l'esprit est une entité physique, concrète et vérifiable. L'esprit pense, ressent, se souvient, juge, crée des gestes, commande le comportement et est conscient du rôle de l'être humain et de son entourage. Par conséquent, lorsque l'esprit est envisagé en fonction de son utilité, il devient aussitôt un système concret, vérifiable et biologique de l'être humain. Ce système est étroitement lié aux autres systèmes de l'organisme, notamment le système endocrinien, le système cardio-vasculaire, le système respiratoire, en fait tous les systèmes.

L'hypoglycémie, l'hypothyroïdie ou l'hyperthyroïdie, qui sont des perturbations du système endocrinien, peuvent amener une dysfonction cérébrale pouvant se traduire par des troubles mentaux et des comportements anormaux et contraires à la loi. Ces troubles mentaux sont appelés troubles mentaux organiques d'après la classification de la psychiatrie moderne. Le fait que la dysfonction primaire, par exemple l'hypoglycémie, soit en dehors du cerveau ne fait que souligner la cause des troubles mentaux; il reste cependant que c'est un trouble mental organique causé par une perturbation suffisamment grave pour avoir un effet sur la fonction du cerveau. Certaines hypoglycémies bénignes ne causent pas de perturbation des fonctions mentales.

Un autre exemple est l'épilepsie temporelle, appelée parfois crises complexes partielles. Pendant une crise d'épilepsie ou immédiatement après, il est possible que le sujet ait un comportement anormal et contraire à la loi. Ce comportement n'est pas indépendant de l'esprit. Il résulte d'un trouble mental organique provoqué par des perturbations électriques



du cerveau, lesquelles peuvent être vérifiées par électroencéphalogramme (EEG). Le fonctionnement du corps, étant commandé par un cerveau et un esprit désordonnés, n'est pas indépendant de ceux-ci.

Dans les cas de démence, la maladie d'Alzheimer par exemple, la mémoire et le jugement sont perturbés, comme ils peuvent l'être après un accident cérébro-vasculaire ou une pneumonie. L'infection par la pneumonie peut amener un trouble mental organique chez des personnes vulnérables.

Le somnambulisme est aussi un trouble mental vérifiable par EEG. Toutes les pathologies susmentionnées sont des maladies physiques qui provoquent des troubles mentaux organiques et qui sont susceptibles d'être récurrentes ou permanentes. Toutes nécessitent une étroite surveillance psychiatrique et médicale.

- 4) L'automatisme implique la séparation du corps et de l'esprit. Lorsqu'on dit d'un accusé qu'il s'est comporté comme un automate, on veut dire qu'il a agi indépendamment de sa volonté. Cette prémisse est fausse. Notre comportement et notre fonctionnement sont toujours gouvernés par l'esprit, qu'il soit sain ou non.

Pour ces raisons, nous ne pouvons accepter la notion d'automatisme fondée sur un facteur extra-cérébral qui agit sur l'esprit.

- 5) Voici les raisons qui motivent notre position :

- A) Nous savons maintenant que les troubles comportementaux, émotionnels et cognitifs traduisent une altération des fonctions cérébrales - qu'il s'agisse d'un coup à la tête, d'un empoisonnement par monoxyde de carbone, d'une tumeur au cerveau, d'un accident cérébro-vasculaire, de la schizophrénie, etc. Ce sont tous des troubles mentaux.
- B) Certains troubles de comportement compris dans l'automatisme, le somnambulisme par exemple, ont été démystifiés par la science médicale. Le tracé d'EEG pris durant le sommeil d'un somnambule est anormal, ce qui signifie que le comportement résulte d'une altération de la physiologie du cerveau et non d'une expérience mystique.
- C) Certaines causes de troubles comportementaux, émotionnels et cognitifs qui, dans la jurisprudence, font partie de l'automatisme peuvent être récurrentes.

- D) La distinction entre automatisme sain et automatisme malade n'a guère de sens sauf au point de vue juridique. Les comportements considérés en droit comme relevant d'un automatisme sain ou malade résultent de troubles mentaux identifiables.
- E) L'utilisation en droit du terme «état de dissociation mentale» diffère beaucoup de la nomenclature actuelle en psychiatrie.

Les états de dissociation mentale dans la nomenclature psychiatrique actuelle comprennent :

- 1) l'hypnose du conducteur;
- 2) les troubles multiples de la personnalité;
- 3) la fugue psychogène;
- 4) le somnambulisme.

Lorsqu'il est dans cet état, le corps ne fonctionne pas indépendamment de l'esprit mais en fonction d'un trouble mental. L'état de dissociation causé par un facteur extrinsèque comme l'hypoglycémie est un trouble mental. Celui-ci peut être discret et passager, mais il peut aussi être récurrent.

#### RECOMMANDATIONS

1. Les maladies qui sont réputées provoquer l'automatisme sont des troubles mentaux. Elles devraient être régies par la présente définition juridique de trouble mental et être jugées en vertu de la nouvelle loi sur les contrevenants atteints de troubles mentaux. Cette loi donne la latitude voulue pour disposer du cas comme il se doit.
  - 2) La notion d'automatisme n'a pas sa place en droit, et elle devrait être abolie.
-













**MAIL  POSTE**

Canada Post Corporation/Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

**Lettermail**

**Poste-lettre**

**K1A 0S9  
Ottawa**

*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canada Communication Group — Publishing  
45 Sacré-Coeur Boulevard,  
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*  
Groupe Communication Canada — Édition  
45 boulevard Sacré-Coeur,  
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9

---

**WITNESSES**

*From the Canadian Psychiatric Association:*

Dr. Maralyn J. MacKay, Board of Directors and Chair-Elect,  
Section on Women's Issues;

Dr. Nizar Ladha, Provincial Director representing Newfound-  
land and Chair, Section on Forensic Psychiatry.

*From the Canadian Police Association:*

Neal Jessop, President and Chairman of the Legislation Com-  
mittee;

Scott Newark, Legal Counsel;

James M. Kingston, Chief Executive Officer.

**TÉMOINS**

*De l'Association des psychiatres du Canada:*

D<sup>re</sup> Maralyn J. MacKay, Conseil d'administration et prési-  
dente élue, Section sur les questions de la femme;

D<sup>r</sup> Nizar Ladha, directeur représentant Terre-Neuve et, Prési-  
dent, Section de la psychiatrie légale.

*De l'Association canadienne des policiers:*

Neal Jessop, Président et, président du Comité sur la légis-  
lation;

Scott Newark, conseiller juridique;

James M. Kingston, directeur général.

HOUSE OF COMMONS

Issue No. 7

Monday, November 23, 1992

Chairperson: Blaine Thacker

CHAMBRE DES COMMUNES

Fascicule n° 7

Le lundi 23 novembre 1992

Président: Blaine Thacker

*Minutes of Proceedings and Evidence of the Sub-Committee  
on the*

## Recodification of the General Part of the Criminal Code

*of the Standing Committee on Justice and the Solicitor  
General*

*Procès-verbaux et témoignages du Sous-comité sur la*

## Recodification de la Partie générale du Code criminel

*du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général*

### RESPECTING:

Pursuant to Standing Order 108(1)(a) and (b) and the Order of Reference of June 13, 1991 of the Standing Committee to the Sub-Committee, consideration of the recodification of the General Part of the *Criminal Code*

### CONCERNANT:

Conformément à l'article 108(1)a) et b) du Règlement et de l'Ordre de renvoi du Comité permanent du 13 juin 1991 au Sous-comité, considération de la recodification de la Partie générale du *Code criminel*

### WITNESSES:

(See back cover)

### TÉMOINS:

(Voir à l'endos)



Third Session of the Thirty-fourth Parliament,  
1991-92

Troisième session de la trente-quatrième législature,  
1991-1992

SUB-COMMITTEE ON THE RECODIFICATION OF  
THE GENERAL PART OF THE CRIMINAL CODE OF  
THE STANDING COMMITTEE ON JUSTICE AND THE  
SOLICITOR GENERAL

*Chairperson:* Blaine Thacker

Members

Rod Laporte  
George Rideout—(3)

(Quorum 2)

Richard Dupuis

*Clerk of the Sub-Committee*

SOUS-COMITÉ SUR LA RECODIFICATION DE LA  
PARTIE GÉNÉRALE DU CODE CRIMINEL DU  
COMITÉ PERMANENT DE LA JUSTICE ET DU  
SOLLICITEUR GÉNÉRAL

*Président:* Blaine Thacker

Membres

Rod Laporte  
George Rideout—(3)

(Quorum 2)

*Le greffier du Sous-comité*

Richard Dupuis

## MINUTES OF PROCEEDINGS

MONDAY, NOVEMBER 23, 1992  
(12)

[Text]

The Sub-Committee of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General on the Recodification of the General Part of the Criminal Code met at 15:30 o'clock p.m. this day, in Room 308, West Block, the Chairman, Blaine Thacker, presiding.

*Members of the Sub-Committee present:* George Rideout and Blaine Thacker.

*Acting Member present:* Chris Axworthy for Rod Laporte.

*Other Member present:* Don Boudria.

*In attendance: From the Research Branch of the Library of Parliament:* Philip Rosen, Senior Analyst and Marilyn Pilon, Research Officer.

*Witnesses: From Dying with Dignity:* Marilynne Seguin, Executive Director; Martin Campbell, Barrister & Solicitor.

The Sub-Committee resumed consideration of its Order of Reference of June 13, 1991 of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General to the Sub-Committee. (*See Minutes of Proceedings and Evidence, dated Wednesday, March 25, 1992, Issue No. 1*).

In accordance with an order adopted on Wednesday, March 25, 1992, the Chairman authorized that the brief presented to the Sub-Committee by Dying with Dignity be printed as an appendix to this day's Minutes of Proceedings (*See Appendix "CODE-9"*).

Marilynne Seguin and Martin Campbell each made an opening statement and answered questions.

At 16:12 o'clock p.m., the Sub-Committee adjourned to the call of the Chair.

Marie-Louise Paradis

*Committee Clerk*

## PROCÈS-VERBAL

LE LUNDI 23 NOVEMBRE 1992  
(12)

[Traduction]

Le Sous-comité sur la recodification de la partie générale du Code criminel du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général, se réunit à 15 h 30, dans la salle 308 de l'édifice de l'Ouest, sous la présidence de Blaine Thacker (*président*).

*Membres du Sous-comité présents:* George Rideout et Blaine Thacker.

*Membre suppléant présent:* Chris Axworthy remplace Rod Laporte.

*Autre député présent:* Don Boudria.

*Aussi présents: Du Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement:* Philip Rosen, analyste principal et Marilyn Pilon, attachée de recherche.

*Témoins: De Mourir dans la dignité:* Marilynne Seguin, directrice exécutive; Martin Campbell, avocat.

Le Sous-comité reprend les travaux prévus à son ordre de renvoi du jeudi 13 juin 1991 reçu du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général (*voir les Procès-verbaux et témoignages du mercredi 25 mars 1992, fascicule n° 1*).

Suivant l'ordre adopté le mercredi 25 mars 1992, le président permet que le mémoire présenté par Mourir dans la dignité figure en annexe aux *Procès-verbaux et témoignages* d'aujourd'hui (*Voir appendice «CODE-9»*).

Marilynne Seguin et Martin Campbell font chacun un exposé et répondent aux questions.

À 16 h 12, le Sous-comité s'ajourne jusqu'à nouvelle convocation du président.

Marie-Louise Paradis

*Greffière de comité*



[Text]

## EVIDENCE

[Recorded by Electronic Apparatus]

Monday, November 23, 1992

• 1530

**The Chairman:** I am calling this meeting of the Subcommittee of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General to order. We are continuing our review of the Criminal Code with the intention of coming up with a new general part to the Criminal Code.

We are privileged to have before us today from an organization entitled Dying with Dignity, Ms Marilynne Seguin, the executive director, and Mr. Martin Campbell, barrister and solicitor.

Ms Seguin and Mr. Campbell, not for the record but for your own information, we are a subcommittee of the full justice committee and as such there are only three of us on this committee. I know, Ms Seguin, you have to leave by 4:10 p.m., so it is not necessary for you to read your brief. I will seek unanimous consent to append the brief to today's minutes.

**Some hon. members:** Agreed.

**The Chairman:** It is agreed and it shall be done.

If you would be kind enough, therefore, to make your presentation, we will go straight into questions.

**Ms Marilynne Seguin (Executive Director, Dying with Dignity):** Thank you very much, Mr. Chairman. Our brief, as you can see, is quite brief, but we feel the problems it addresses are monumental in this country.

As you will also see from the brief, Dying with Dignity has been working since 1980 on the problems of those who are dying in Canada. In the last year we received 13,900 requests for assistance in this area. Some 5,000 of those were people in the dilemma of terminal illness or facing it in their families. And at times their health care providers, doctors and nurses are caught in a great conundrum of how they are going to provide the best of care for patients when they feel that they may be in jeopardy from some matters that are dealt with in the Criminal Code.

We essentially feel that it is not necessary to address many of these matters through the Criminal Code. We have structures within the provincial systems that can properly regulate and monitor the type of health care that people are receiving.

From my many meetings with the medical and nursing authorities, with the coroners of this country and so on, we feel there is a fear on the part of those who are providing the care that they are at risk from frivolous law suits. We do not have a record of the same, however, and we would like to see things simplified.

As each province proceeds to address the matter of advance directives, we are seeing a more solid approach to what constitutes a valid advance directive, how patients may give their instructions, either themselves or through a proxy should the time come when they are not competent to address the matter personally.

[Translation]

## TÉMOIGNAGES

[Enregistrement électronique]

Le lundi 23 novembre 1992

**Le président:** La séance est ouverte. Le Sous-comité du Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général poursuit son étude du Code criminel en vue de la rédaction d'une nouvelle partie générale du Code criminel.

Nous avons le privilège d'accueillir aujourd'hui comme témoin l'organisme Mourir dans la dignité, représenté par M<sup>me</sup> Marilynne Seguin, directrice exécutive, et M. Martin Campbell, avocat.

Pour votre gouverne, madame Seguin et monsieur Campbell, nous formons un sous-comité du Comité de la Justice et nous ne sommes que trois à ce titre. Je suis conscient du fait, madame Seguin, que vous devez partir à 16h10. Aussi, je vous signale que vous n'avez pas besoin de lire votre mémoire. Avec le consentement unanime du comité, il sera annexé au compte rendu des délibérations d'aujourd'hui.

**Des voix:** D'accord.

**Le président:** Très bien.

Vous pouvez faire votre exposé, après quoi nous vous poserons quelques questions.

**Mme Marilynne Seguin (directrice exécutive, Mourir dans la dignité):** Merci, monsieur le président. Comme vous pouvez le constater, notre mémoire est très bref. Cependant, le sujet que nous y abordons est d'une importance capitale pour le pays.

Mourir dans la dignité se penche depuis 1980 sur les problèmes éprouvés par les mourants au Canada. L'année dernière, nous avons reçu 13 900 demandes d'aide à cet égard. Quelque 5 000 d'entre elles concernaient des malades en phase terminale et leurs familles. Les intervenants du milieu de la santé, les médecins, les infirmières, soucieux de donner les meilleurs soins possible à leurs patients, se trouvent parfois devant un dilemme lorsqu'ils savent que certaines questions qui se posent dans ce genre de situation relèvent du Code criminel.

Nous pensons qu'il n'est pas nécessaire d'avoir à traiter ces questions dans le contexte du Code criminel. Les structures provinciales permettent de réglementer et de surveiller adéquatement les soins de santé prodigués à la population.

Les nombreuses rencontres que j'ai eues avec les représentants des médecins et des infirmières, les coroners et d'autres personnes un peu partout au pays m'ont appris qu'ils ont constamment à l'esprit le risque de poursuites judiciaires frivoles. Nous ne pouvons pas nous appuyer sur des arguments pour le prouver, mais nous recommandons de toute façon une simplification du système.

Au moment où les provinces examinent la question des directives préalables, nous constatons qu'il y a une clarification des idées sur ce qui peut constituer une directive préalable acceptable, sur les instructions que peut laisser un patient, directement ou par l'entremise d'un fondé de pouvoir, au cas où il ne serait plus mentalement apte à prendre la décision lui-même.

[Texte]

As for the specific matters of the legislation, I would like to ask Mr. Campbell to speak to you. He is a barrister and solicitor with the firm of Beard Winter in Toronto, and has been very helpful to Dying with Dignity in preparation of such documents and in general counsel to our organization.

**Mr. Martin Campbell (Barrister and Solicitor, Dying with Dignity):** Thank you, Marilynne, and thank you, Mr. Chairman.

When we were putting our brief together, Mr. Chairman, we had three thoughts in mind. The first was to try to position ourselves within what seems to be the general principle that is coming down with respect to the Criminal Code, namely, that the criminal law should be used only in circumstances where other means of social control are inadequate or inappropriate. I'm taking this language from the declaration of principles.

• 1535

It was clear to us, as our first point, that health care matters in this area should not be subject to the Criminal Code at all. This is clearly overkill, if I can use that expression in this context.

The second point we wanted to make was this. About 10 years ago the Law Reform Commission of Canada came up with a paper on euthanasia, aiding suicide, and cessation of treatment. At page 55 of that, the Law Reform Commission of Canada considered cessation and refusal of treatment and they noted:

As also observed, the almost total absence of legal precedent in this connection. . .

—and the connection, of course, is cessation and refusal of treatment—

. . . creates a state of uncertainty and ambiguity for patients, members of the medical professions, lawyers and the public.

So our second major point is there isn't an awful lot of data, it seems to us, either by way of legal precedent or otherwise, other than perhaps anecdotal evidence, that this is an area of endeavour that should be criminalized. I'm unaware of any studies. That's my ignorance. I'm not saying there aren't any; I just don't know of any studies in this area. We're looking at this as a social problem that has to be addressed and can only be addressed through the Criminal Code.

The third point we wanted to make was that the provincial jurisdiction covers this area, in large part. Quite frankly, almost every province has some form of regulation of this in an indirect way. The medical professions themselves are regulated in each province. If a physician acts improperly, he or she is subject to the provincial standards.

So on balance we felt there was absolutely no need for the criminalization of this area.

On page 3 of our brief we take several specific examples. The first is the issue of omissions; the omission to treat where it is possible or conceivable charges might be laid. In our view, this should not be subject to the Criminal Code. We suggest wording, but quite frankly, my first call is not drafting, and I would leave it to the experts, who know more about it than I do.

[Traduction]

Quant aux questions juridiques, c'est M. Campbell qui en traitera. C'est un avocat de l'étude Beard Winter de Toronto. Il nous est d'un précieux secours dans la préparation des documents et comme conseiller général.

**M. Martin Campbell (avocat, Mourir dans la dignité):** Merci, Marilynne, monsieur le président.

Nous nous sommes inspirés de trois principes dans la préparation de notre mémoire, monsieur le président. Nous avons d'abord souscrit à la notion sous-jacente au Code criminel lui-même selon laquelle le droit pénal ne devrait intervenir que lorsque les autres moyens de contrôle social sont inadéquats ou contre-indiqués. C'est le langage de la déclaration de principe.

Pour commencer, il nous apparaît clairement que ce domaine de la santé n'a absolument pas sa place dans le Code criminel. C'est une outrance évidente, si je peux m'exprimer ainsi.

En second lieu, il y a une dizaine d'années, la Commission de réforme du droit du Canada a publié un document sur l'euthanasie, l'aide au suicide et l'interruption de traitement. À la page 55 de ce document, la Commission de réforme du droit du Canada étudie l'interruption et le refus de traitement et note:

On observe également une absence quasi totale de précédents juridiques dans ce domaine. . .

. . . et l'élément commun, bien sûr, c'est l'interruption et le refus de traitement. . .

. . . ce qui crée pour les patients, les membres des professions médicales, les avocats et le public, une situation d'incertitude et d'ambiguïté.

Ainsi, nous observons qu'il n'existe pas énormément de données, sous forme de précédents juridiques ou autres, à l'exception de quelques exemples anecdotiques, qui pourraient justifier la criminalisation dans ce domaine. Je ne connais aucune étude à ce sujet. C'est probablement le fait de mon ignorance, je ne dis pas qu'il n'en existe pas, mais je n'en connais aucune. Pour nous, il s'agit d'un problème social dont la solution ne peut passer que par le Code criminel.

En troisième lieu, les domaines de compétence provinciaux couvrent ce secteur dans une large mesure. Pratiquement toutes les provinces ont des règlements qui ont une incidence indirecte sur cette question. De leur côté, les professions médicales sont réglementées dans toutes les provinces. Si un médecin se conduit d'une façon répréhensible, il ou elle doit rendre des comptes par rapport à des normes provinciales.

En fin de compte, nous avons jugé qu'il n'y avait absolument aucun besoin de criminaliser ce secteur.

À la page 6 de notre mémoire, nous donnons plusieurs exemples précis. Le premier est celui des omissions de traitement dans des situations où des poursuites sont possibles ou concevables. À notre avis, cela ne devrait pas relever du Code criminel. Nous proposons un énoncé, mais je dois vous avouer que la rédaction n'est pas mon fort et que je préférerais laisser cela aux experts qui connaissent mieux que moi la question.



[Text]

The second is the medical treatment exception, which we attempt to deal with.

The third is the issue that consenting to death is no defence. Clearly the decision not to accept treatment is not something that would call these sections into play.

Our fourth point on page 4, aiding and abetting, and secondly counselling. . . that should not be a crime either.

So our overall position is if you look at the three or four or five sections where this issue is touched on, in our view none of them require criminalization.

That's our position, Mr. Chairman. I think it might be more useful for the committee members to put questions to us on their specific concerns; that's a better way of approaching it.

**The Chairman:** That would be fine. Thank you very much.  
Mr. Rideout.

**Mr. Rideout (Moncton):** Thank you, Mr. Chairman.

If I understand your thesis, it's that we should decriminalize anything relating to the medical field and rely on provincial legislation to deal with all aspects. We're debating now whether criminal negligence and the connotations of that should be taken out and other things substituted; words such as "recklessness". But what if there is something we would know today as criminally negligent in the treatment of a patient? If we accede to your requests, then all those avenues would disappear, I take it, and the physician would be judged by his provincial association.

**Mr. Campbell:** No, I don't think that's necessarily the case. If a physician acts improperly with a patient—let's assume a physician sexually assaults a patient—the physician would be liable in two forums at the very least, and perhaps a third. I'll deal with them.

First, criminal law would come into play on a straight criminal matter. An individual should not sexually assault another, clearly. Secondly, that physician could find himself or herself before their own disciplinary committee and their licence subject to revocation or whatever sanction the disciplinary body chose to impose. Thirdly, there might be a civil recourse in damages.

Our concern is the narrower one. Saying a patient in a doctor's office requires a specific section of the code to deal with him or her is unnecessary. The general Criminal Code prohibits assaults and makes assaults of that sort a crime. So if one acts recklessly—

• 1540

**Mr. Rideout:** But would you not agree that it's a criminal offence to commit an assault? And as everything a physician or nurse or hospital institution does is in most cases an assault, would you not agree that it requires a clause that exonerates them from carrying out what in essence is a criminal offence?

[Translation]

Vient ensuite l'exception relative au traitement médical et nous essayons de traiter de cette question.

En troisième lieu, il est question du fait que le consentement à sa propre mort ne constitue pas un élément de défense. De toute évidence, la décision de ne pas accepter un traitement ne saurait être suffisante pour invoquer ces dispositions.

Notre quatrième point, aide, encouragement et conseil, tout cela ne doit pas constituer un crime non plus.

Ainsi, si vous considérez les trois, quatre ou cinq chapitres dans lesquels on traite de cette question, nous pensons que la criminalisation ne se justifie dans aucun cas.

Voilà notre position, monsieur le président. Maintenant, je pense qu'il vaut mieux laisser les membres du comité nous poser des questions sur les sujets qui les intéressent plus particulièrement.

**Le président:** C'est excellent. Merci beaucoup.  
Monsieur Rideout.

**M. Rideout (Moncton):** Merci, monsieur le président.

Si j'ai bien compris votre thèse, nous devons décriminaliser tout ce qui relève du secteur médical et considérer que la législation provinciale suffit pour réglementer tous ces aspects. En ce moment, nous nous demandons si la négligence criminelle et ses diverses connotations devraient être remplacées par autre chose. Par exemple des termes comme «imprudence». Mais si un incident que nous qualifions aujourd'hui de négligence criminelle dans le traitement d'un patient se produit, que se passera-t-il? Si nous accédons à votre requête, toutes ces options disparaissent et le médecin n'est plus alors jugé que par l'association provinciale qui le régit.

**M. Campbell:** Non, ce n'est pas forcément le cas. Si un médecin se conduit d'une façon répréhensible envers un patient, supposons qu'il s'agisse d'une agression sexuelle, ce médecin peut être traduit devant deux instances au moins, et peut-être même trois. Je vais les passer en revue.

Pour commencer, s'il s'agit d'une affaire criminelle simple, le droit pénal intervient. Un être humain ne doit pas en attaquer à un autre, cela est évident. Deuxièmement, ce médecin pourrait être traduit devant son propre comité disciplinaire qui, de son côté, pourrait révoquer sa licence ou imposer d'autres sanctions. Troisièmement, il pourrait y avoir des poursuites civiles pour dommages et intérêts.

Ce qui nous inquiète, ce sont les incidents restreints où l'on dit qu'un patient qui se trouve dans le bureau de son médecin a besoin d'être protégé par certaines dispositions du Code. Cela nous semble inutile. En vertu des dispositions générales du Code criminel, les agressions sont interdites et ce genre d'agressions est considéré comme un acte criminel. Ainsi, si l'on agit avec imprudence. . .

**M. Rideout:** Mais, à votre avis, le fait de commettre une agression ne constitue-t-il pas une infraction criminelle? Et comme pratiquement tout ce que fait le médecin, l'infirmière ou l'établissement hospitalier est considéré la plupart du temps comme une agression, ne pensez-vous pas qu'il faut prévoir une disposition en vertu de laquelle ils sont exemptés si l'activité constitue fondamentalement une infraction criminelle?

[Texte]

**Mr. Campbell:** That's correct. I agree in that sense. You're taking that feature out of the Criminal Code by specific exception. Sure.

**Ms Seguin:** And this was verified in the *Mallette v. Shulman* case where Dr. Shulman was charged for providing treatment against Mrs. Mallette's direct wishes. That was dealt with provincially.

**Mr. Rideout:** I appreciate that. But do you see a clause that in effect exonerates the physician from any type of activity that could border on a criminal activity in normal circumstances, if it's done by a non-physician or non-health caregiver?

**Ms Seguin:** Would you be more specific?

**Mr. Rideout:** I'm leading into the same thing we were talking about before, which is in the area of assaults.

**Mr. Campbell:** If you need a specific exception for certainty, by all means put a specific exception in. Once the physician goes over the borderline, they are squarely within the Criminal Code, and the general language covering assaults would take over.

**Mr. Rideout:** Are you worried at all about relying on provincial legislation, which could have different results in different provinces?

**Mr. Campbell:** Do you mean in terms of consent to treatment and various medical directives?

**Mr. Rideout:** A whole host of things, such as DNR orders. Those types of issues, different provinces deal with those in different fashions. Some have specific legislation, and others just have notes on the chart.

**Ms Seguin:** This is certainly a major concern of Dying with Dignity. We have been working now for approximately two years in this whole area of "do not resuscitate", drawing on the experience in the United States with the Patient Self-Determination Act, where it is the responsibility of the health care provider to inform a patient they have a right to DNR and so on. This is a very big problem, not just for the doctor and the nurse in emergency and so on but for paramedics. We're running into these problems continually. The Coroners Act needs amendment. The emergency health services act needs amendment in a vast number of provinces. It is an issue that perhaps may need to be dealt with in federal legislation as well. Whether we are ready for that is another matter. Right now it runs rather loosely according to hospital policy, municipal policy, etc. It is a very wishy-washy sort of situation.

**Mr. Rideout:** How far does your organization go with their view as to assisting death?

**Ms Seguin:** I believe there will be a time when physician aid in dying may be a consideration for Canada. It certainly is not the time now. We've all been reading about the Sue Rodriguez case, and you will be hearing a tape about that

[Traduction]

**M. Campbell:** C'est exact. Je suis d'accord avec vous sur ce plan. Vous supprimez cette disposition du Code criminel par voie d'exception précise. Bien sûr.

**Mme Seguin:** Et cela a été confirmé dans l'affaire *Mallette c. Shulman*, où le D<sup>r</sup> Shulman a été accusé d'avoir traité M<sup>me</sup> Mallette contre son gré. L'affaire a été réglée au niveau provincial.

**M. Rideout:** Je comprends bien. Mais selon vous, pourrait-on envisager une disposition en vertu de laquelle le médecin est exempté en cas d'activité susceptible de frôler l'activité criminelle dans des circonstances normales, si l'auteur n'est ni un médecin ni un professionnel de la santé?

**Mme Seguin:** Pourriez-vous être plus précis.

**M. Rideout:** Je reviens à la question dont nous discutons plus tôt, et qui est en rapport avec les agressions.

**M. Campbell:** S'il faut prévoir une exemption précise pour plus de certitude, n'hésitez pas à l'inclure dans la loi. Une fois que le médecin franchit la limite, il est assujéti au Code criminel et les dispositions générales visant les agressions s'appliquent alors.

**M. Rideout:** Cela vous préoccupe-t-il de vous en remettre à la législation provinciale, ce qui pourrait avoir des effets différents selon les provinces?

**M. Campbell:** Parlez-vous du consentement au traitement et des diverses directives en matière médicale?

**M. Rideout:** De toute une foule de choses, par exemple les consignes en matière d'arrêt de la réanimation. Les diverses provinces traitent ce genre de questions de façon différente. Certaines appliquent des lois précises et d'autres ont simplement des notes inscrites sur la feuille médicale.

**Mme Seguin:** C'est l'une des principales préoccupations de la société Mourir dans la dignité. Nous nous occupons depuis environ deux ans de toute cette question de «l'arrêt de la réanimation», en nous inspirant de l'expérience des États-Unis qui appliquent le Patient Self-Determination Act, en vertu duquel le professionnel de la santé est chargé d'informer le patient qu'il a le droit de demander l'arrêt de la réanimation. C'est un problème énorme, non seulement pour le médecin et l'infirmière du service d'urgence, mais également pour les auxiliaires médicaux. Nous sommes confrontés continuellement à ces problèmes. Il faut modifier la loi sur les services médicaux légaux. La loi sur les services de santé d'urgence doit être modifiée dans un grand nombre de provinces. Il faudra peut-être examiner aussi la question dans le contexte de la législation fédérale. Quant à savoir si nous sommes prêts à le faire, c'est une autre question. Pour le moment, toute cette question est assez floue et dépend de la politique de l'hôpital, de la politique municipale, etc. On ne sait pas trop sur quel pied danser.

**M. Rideout:** Que pense véritablement votre organisme du principe d'aider une personne à mourir?

**Mme Seguin:** À mon avis, le jour viendra au Canada où l'on pourra envisager qu'un médecin aide un patient à mourir. Ce moment n'est pas encore venu. Nous avons tous pris connaissance de l'affaire Sue Rodriguez et vous



[Text]

tomorrow, most poignantly from her own lips, as I understand it. There are a great many matters we need to deal with. But I think it is extremely important that the public have a part in this debate.

For instance, today's Gallup poll said that 77% of Canadians feel that euthanasia is appropriate in given situations. Unfortunately, the question that Gallup has been asking is a 24-year-old question that really is not properly worded in terms of today's medical experience. There are research studies going on across the country. I've been studying in Holland and in various places where these things are taking place. We have been on a very active campaign of public forums, asking for all points of view on the matter.

• 1545

There will be a time for it. I don't think this is quite the time. That doesn't mean to say we can desert the thousands of people who are caught in a great dilemma.

One of the reasons I came early to this meeting was to counsel a family with a mother 91 years old dying of esophageal cancer. The only options that have been given to her are radiation therapy, surgery that would put a tracheostomy in her throat, or going to a palliative care institution and gradually choking to death. She wouldn't even be a candidate for a palliative care institute for another four to six months, because she's not far enough along in her disease. These are very inhumane choices that are being offered this poor woman.

**Mr. Rideout:** Just to carry that along, what choices should we offer in addition to that?

**Ms Seguin:** She would like to go home; to be allowed the freedom of her own home; to be allowed good home support care, whatever hospice or palliative care measures she chooses. Really, that's all she's saying: I want to make my own choices before I lose my voice, before perhaps I become demented because of lack of oxygen to my brain enough times, and so on; I would like to have an advance directive, and I would like to direct my own care, including being supplied with adequate pain medication, adequate tranquilizers, and so on, to make my dying days a little more humane.

**Mr. Rideout:** I agree with you on that.

The issue of "living wills", which is a misnomer, really—they're called that, so for the sake of ease of understanding... it would really fall within the domain of the provinces to deal with that. It's another area where you can have an unequal situation across the country. Have you any concerns about that?

**Ms Seguin:** Yes, it could possibly have been dealt with more efficiently under the Wenman bill. But that didn't get very far.

I think the provinces are looking at—certainly the legislation I've been a consultant on—quite similar guidelines in each of the provinces. There are those provinces that have not addressed the issue at all yet. I hope that is going to be forthcoming very soon.

[Translation]

entendrez une bande d'enregistrement à ce sujet demain, dans lequel elle fait un témoignage personnel des plus poignants. Nous devons en venir aux prises avec un grand nombre de problèmes. Je pense toutefois qu'il est essentiel que le public participe à ce débat.

Par exemple, selon le sondage Gallup d'aujourd'hui, 77 p. 100 des Canadiens estiment que l'euthanasie est justifiée dans des cas précis. Malheureusement, la question posée par la firme Gallup est la même que l'on pose depuis 24 ans et elle n'est pas bien formulée compte tenu de la médecine moderne. Certains projets de recherche sont en cours dans tout le pays. J'ai fait des études en Hollande et dans d'autres pays où ce genre de choses se pratiquent. Nous avons mené une campagne très active de consultation du public, et avons sollicité toutes sortes d'avis sur cette question.

Je pense que la situation n'est pas encore tout à fait mûre, mais cela viendra, ce qui ne signifie pas pour autant que nous puissions faire défaut aux milliers de gens pris dans un dilemme angoissant.

Si je suis arrivée en retard à cette réunion, c'est que j'étais en train de m'entretenir avec une famille dont la mère, âgée de 91 ans, se meurt d'un cancer de l'oesophage et dont les seules options sont soit une radiothérapie, soit une trachéostomie, ce qui est une intervention chirurgicale, soit le recours à un établissement de soins palliatifs où peu à peu elle mourra d'étouffement. Cette dernière option n'existe toutefois pas avant quatre à six mois, parce que la maladie n'a pas encore atteint un stade assez avancé. Ce sont là des options cruelles pour cette pauvre femme.

**M. Rideout:** Quelles autres options devrions-nous offrir dans les circonstances?

**Mme Seguin:** Cette personne voudrait rentrer chez elle, jouir de la liberté de son foyer, bénéficier de bons soins à domicile, quelles que soient les mesures qu'elle préférera, curatives ou palliatives. Elle n'en demande pas plus, elle veut pouvoir choisir elle-même avant de perdre la voix, avant peut-être qu'elle ne perde l'esprit par manque d'oxygène au cerveau, etc. Elle voudrait pouvoir faire son propre choix, décider quels sont les soins qui lui seront donnés, y compris suffisamment d'analgésiques et de tranquillisants et autres, pour apporter un peu plus d'humanité à son agonie.

**M. Rideout:** Je suis d'accord avec vous sur ce point.

Cette question de «testaments euthanasiques»—le terme est mal choisi, en réalité, il s'agit d'une directive de mort naturelle—relèverait de la compétence des provinces et là encore vous risquez que la situation ne se présente pas de la même manière dans tout le pays. Craignez-vous cela?

**Mme Seguin:** Oui, on aurait pu mieux régler cette question dans le cadre du projet de loi Wenman, mais on n'est pas allé très loin.

Les provinces, tout au moins pour la loi pour laquelle j'ai été consultante, aimeraient que les directives soient approximativement les mêmes partout. Certaines provinces ne se sont pas du tout encore penchées sur la question, mais j'espère que ce n'est qu'une question de temps.

[Texte]

**Mr. Rideout:** Is there any circumstance in which you would see the criminal law being utilized in this area of medical treatment or withholding of treatment and dying in dignity?

**Ms Seguin:** Certainly if we thought there was some malice in ending the life of a patient, I would expect them to be dealt with under the criminal law, just like any other case of murder.

**Mr. Rideout:** Right. Apart from that, then, it's the choice of the individual as to how they want to be treated and the treatment course to be followed?

**Ms Seguin:** It can't be entirely that way. We do have some limitations on the amount of health care service available and on the resources of health care services. There are all of these factors. We can't say the individual is completely autonomous in all these things. We also have to employ common sense in terms of what is there. But there are ethics committees and certainly various committees among the medical and legal professions that are looking at these matters and will come up with some criteria we could live with.

**Mr. Rideout:** What about the situation, such as the Nancy B. case in Quebec, in which that was a decision taken after she was in the condition, so she couldn't do to herself what she wanted other people to do to her, and those types of issues. Should any criminal law be associated in there?

• 1550

It took a court order to achieve what she wanted, but it wasn't a criminal—

**Mr. Campbell:** It was a civil decision, if I remember correctly. I think the court in that case made specific reference to the problem we're looking at here. I think the court said something along the lines that this is not an area for the criminal code, or for criminal charges to be pressed; if the doctors assist her by withdrawing treatment, then it's not a criminal matter. The court dealt very specifically with the very issue we're talking about here.

**Mr. Rideout:** That's what I thought, that the Nancy B. case is really the case which sets the tone. In some respects it's unfortunate it was not appealed so we could see the full ramifications of it. . . rather than a court at that level.

**Ms Seguin:** It was rather fortunate for Nancy B.

**Mr. Rideout:** Yes, from her side, absolutely.

**Mr. Campbell:** It's also unfortunate, though, that the law in this area is being developed through case law in unusual circumstances, involving litigation, which in a sense is the worst way one can go about trying to establish broad-based social policy. It seems to me this committee is in a far better position to assess and balance the values we want to attain and give a clear statement. It shouldn't be left to the chance of litigation.

**Mr. Rideout:** This is just a minor point, but it is our cop-out as a committee, if we want to take it. This issue is not something that should be dealt with in the recodification of the general part of the Criminal Code. It should require something in the specific parts of the Criminal Code outside the general part. Have you any comment on that?

[Traduction]

**M. Rideout:** Y a-t-il des circonstances où le recours au droit pénal s'imposerait dans toute cette question de traitement médical ou de refus d'un traitement et de mort dans la dignité.

**Mme Seguin:** Si je soupçonnais tant soit peu une intention funeste lorsqu'il est question de laisser un malade mourir, le cas relèverait du code pénal, comme pour tout autre meurtre.

**M. Rideout:** C'est vrai, mais à part cela, ce serait à la personne de décider comment elle veut être traitée et quelles mesures elle veut que l'on prenne?

**Mme Seguin:** Ce n'est pas entièrement possible, car il existe certaines contraintes quant aux soins médicaux disponibles et aux ressources des services de santé. Tous ces facteurs jouent et les gens ne sont pas complètement libres dans toutes ces choses. Il faut aussi user de bon sens et tenir compte des ressources disponibles, mais il y a des comités d'éthique et divers autres comités, dans les professions médicale et juridique, qui examinent ces questions et qui nous proposeront des critères acceptables.

**M. Rideout:** Qu'en est-il d'un cas comme celui de Nancy B., au Québec, dans lequel la décision a été prise après que la patiente n'était plus en état de se faire à elle-même ce qu'elle voulait que d'autres fassent pour elle, et autres cas de ce genre. Devrait-il y avoir une disposition de type pénal dans un cas comme celui-là?

Il a fallu une décision du tribunal pour obtenir ce qu'elle voulait, mais ce n'était pas de type criminel. . .

**M. Campbell:** Il s'agissait d'une décision au civil, si mes souvenirs sont bons. Dans cette affaire, le tribunal s'est penché explicitement sur la question que nous examinons en ce moment. En gros, le tribunal a statué que la question ne relève pas du Code criminel ou ne justifie pas que des accusations criminelles soient portées. Si les médecins l'aident à interrompre le traitement, cela ne relève pas du code pénal. Le tribunal a statué très exactement sur la question qui nous occupe.

**M. Rideout:** C'est ce que je croyais. C'est vraiment l'affaire Nancy B. qui sert de point de référence. D'une certaine façon, il est regrettable que le jugement n'ait pas été porté en appel; cela nous aurait permis d'en mesurer tous les effets, au lieu de laisser un tribunal de première instance . . .

**Mme Seguin:** Ce n'est pas regrettable pour Nancy B.

**M. Rideout:** Pour elle, non, bien sûr.

**M. Campbell:** Il est aussi regrettable que le droit en la matière s'élabore au moyen de la jurisprudence dans des circonstances inhabituelles, à l'instigation d'une action, ce qui est la pire manière qui soit d'établir une politique sociale jouissant de larges appuis. Pour moi, le comité est beaucoup mieux placé pour établir l'équilibre des principes que nous souhaitons poser et pour aboutir à un énoncé clair. Cela ne devrait pas être laissé aux aléas des actions en justice.

**M. Rideout:** Ce n'est qu'un détail, mais le comité peut se dérober s'il le souhaite puisque cette question ne relève pas de la recodification de la Partie générale du Code criminel. Il faudrait une disposition ailleurs dans le Code. Qu'en pensez vous?



[Text]

**Mr. Campbell:** Frankly, no. We're perhaps a single-issue group that has focused on the issue and not where you put it. As long as it's somewhere and effective, I think that's really all we're concerned with.

**Mr. Axworthy (Saskatoon—Clark's Crossing):** My apologies for missing your presentation, although I've heard some similar presentations when we've had discussions in the past.

You may have covered this particular topic, but could you give some indications of the consequences of the criminal law provision we're particularly concerned about; what the consequences of that provision are right now, particularly in the context of how you perceive the dignity of the people involved and also in the context of how you perceive public opinion across the country in general?

**Ms Seguin:** I think public opinion is very strong that they deserve the right to make their own decisions. There has been an increasing response, as you've seen from the Gallup polls, but not just there. I speak to thousands of people every year, in nursing homes and in high schools, for instance, and churches across the country. I think I've preached in almost every denomination of church, with a few minor exceptions, and the support is there. People want to stipulate their concerns about health care.

But as I deal with doctors and nurses, I also see that there is a great fear, and that the fear is building. They're afraid patients' lives are going to be dealt with by case law and not by the human factor, the simple "what is compassionate care for you and me". They are in great trepidation that some sort of structure is going to be imposed between the patient and the physician, and that should never be.

The counselling I do from one side of Canada to another is always because of some lack of accord between family members and the patient, the doctors and the patient, and so on. Or there's one health care professional on that unit who says, no, no, no, if you allow this patient to have enough morphine to keep them really comfortable, I'm going to bring that before the chief of staff, or whatever. There are all these innuendos or threats going on around. People are feeling very tenuous about this, and I think it is time it was resolved.

• 1555

**Mr. Axworthy:** Perhaps you could say something about the extent of the support for your position. And perhaps within that and the context of the pain and suffering, both physical and non-physical, you've experienced in helping people through a very difficult time in their life, what conclusions do you draw about the apparent difficulty the House of Commons has had in responding to the imposition of pain and suffering as a result of the problems physicians face in assisting their patients in this regard and also the extent of public opinion in favour of your position? Would you not consider it somewhat of an obligation on the House of Commons to respond to both those things in a positive manner? Do the members of Parliament have a right to oppose so vigorously as some have done the fairly overwhelming support of Canadians in this area?

[Translation]

**M. Campbell:** Je ne suis pas de cet avis. Notre groupe ne s'occupe que d'une chose et peu lui importe où la disposition doit figurer. Pourvu qu'elle soit quelque part et ait les effets désirés, c'est tout ce qui nous intéresse.

**M. Axworthy (Saskatoon—Clark's Crossing):** Je regrette d'avoir manqué votre exposé. J'ai toutefois entendu des arguments semblables de la part d'autres témoins.

Peut-être avez-vous déjà répondu à ma question, mais j'aimerais que vous nous donniez une idée des conséquences de la disposition de droit pénal qui nous occupe. Quelles sont-elles aujourd'hui, en particulier dans le contexte de votre perception de la dignité des personnes en cause et dans le contexte de votre perception de l'opinion publique dans l'ensemble du pays?

**Mme Seguin:** Le courant d'opinion est très fort: on estime que les gens ont le droit de prendre leurs propres décisions. Cette tendance s'accroît, comme le révèle les sondages Gallup, mais pas uniquement les sondages. Je rencontre des milliers de personnes par année, dans des foyers de soins infirmiers, dans les écoles secondaires et dans les églises partout au pays. À quelques exceptions près, j'ai dû prendre la parole dans les églises d'à peu près toutes les confessions religieuses et j'y ai trouvé des appuis. Les gens veulent exprimer leurs vues à propos des soins médicaux.

Chez les médecins et les infirmières, en revanche, je constate une peur grandissante. Ils redoutent que le sort fait aux malades soit déterminé par les décisions judiciaires plutôt que par la commisération humaine. On craint beaucoup qu'une sorte de structure vienne s'interposer entre le malade et le médecin, ce qu'il faut à tout prix éviter.

Chaque fois que je suis appelée à intervenir, quel que soit l'endroit au Canada, c'est pour régler un désaccord entre les membres de la famille et le malade, entre les médecins et le malade, etc. Ou encore un professionnel de la santé dans le service élève des objections si l'on donne suffisamment de morphine à un malade pour supprimer la douleur et menace d'en saisir le chef de service, par exemple. Il y a beaucoup d'insinuations et de menaces. Les gens se sentent dans une situation très précaire, et il est temps de la régler.

**M. Axworthy:** Parlez-nous de vos appuis. Parlez-nous des souffrances physiques et autres que vous avez éprouvées quand vous avez essayé d'aider les gens à un moment très difficile de leur vie. Que pensez-vous de la difficulté que la Chambre des communes semble avoir à réagir à la douleur et aux souffrances attribuables aux problèmes que les médecins éprouvent quand ils cherchent à aider leurs malades dans cette situation? Parlez-nous des appuis que suscite votre position dans l'opinion. Ne pensez-vous pas que la Chambre des communes a l'obligation de réagir positivement à ces deux choses? Les députés ont-ils le droit de s'opposer avec autant de vigueur que certains l'ont fait à la position d'une majorité écrasante de Canadiens?

[Texte]

**Ms Seguin:** I feel very strongly that each individual has the right to make their own decision. I feel equally strongly that other people do not have the right to impose their own moral convictions on me. I would never ask a physician to participate in any form of medical treatment he or she found abhorrent to them. Not every physician participates in abortion. Not every physician participates in many types of health care, even some surgical treatments, because they are convinced they are not therapeutically useful.

Our organization has 7,000 members. We have a great many more supporters. As I indicated earlier, last year we had 13,900 calls, requests for help in a year. That has been going on since 1980. I think this represents a considerable number of Canadians who feel very strongly on this issue, and it is time we listened to them.

**Mr. Axworthy:** A slightly more general question. Did you define health care matters in your presentation? If not, would you be able to?

**Mr. Campbell:** We were deliberately as general as we could be, leaving it to the precision of the drafter. Our position is to try to establish the principle, leaving the detail to the drafters.

**Mr. Axworthy:** Have you found any assistance in other countries' criminal laws on the general matter of health care and criminal law?

**Ms Seguin:** Dying with Dignity is one member of the world federation. This is a very vast movement. In Canada there are five societies, for instance, who are all concerned with this issue. Not all of them are members of the world federation. Throughout the world there are 19 countries and over 30 societies, and those represent over 5 million people who are dealing with this. Just last month we had a meeting of the world federation in Japan. I think every country is going through many of the same dilemmas we are. We are all seeking solutions.

The Netherlands has been the leader in this. I think the Netherlands has shown itself as dealing with the issue responsibly. There is a movement afoot in Australia, New Zealand, Great Britain, and many other countries that are going in the same direction as we are.

**Mr. Axworthy:** What about health care matters and criminal codes generally? Is there a pattern? Are we unusual?

**Mr. Campbell:** I can't comment, quite frankly. My experience is limited to the Canadian scene. I haven't done the comparative analysis one would need.

• 1600

**Mr. Boudria (Glengarry—Prescott—Russell):** When the witnesses spoke to us about public support for what they're advocating, I gather they're suggesting that in itself is a good basis for making that kind of policy. Is that so?

**Mr. Campbell:** It's certainly one of the criteria that the House of Commons, if I can be so bold, should bring to it. But ultimately it's the conscience of the individual member which has to abide. I think that's basic constitutional principle.

[Traduction]

**Mme Seguin:** Je suis fermement convaincue que tout être a le droit de prendre sa décision. Je crois tout autant que les autres n'ont pas le droit de m'imposer leur moralité. Jamais je ne demanderais à un médecin de collaborer à un traitement qui le répugne. Tous les médecins ne pratiquent pas l'avortement. Certains médecins n'appliquent pas certains traitements, même certains traitements chirurgicaux, parce qu'ils sont convaincus qu'ils n'ont pas d'utilité thérapeutique.

Notre organisation compte 7 000 membres. Nous avons beaucoup plus de partisans que cela. Comme je l'ai dit, l'année dernière nous avons reçu 13 900 demandes d'aide. C'est comme cela depuis 1980. Cela représente un nombre considérable de Canadiens qui ont des idées bien arrêtées sur la question et il est temps de les écouter.

**M. Axworthy:** Une question d'ordre plus général. Avez-vous défini les questions de santé dans votre exposé? Sinon, le pourriez-vous?

**M. Campbell:** C'est à dessein que nous nous sommes exprimés en généralité; nous laissons le soin aux rédacteurs juridiques de les exprimer en termes précis. Nous tenons à ce que le principe soit établi et nous laissons les particularités aux soins des rédacteurs.

**M. Axworthy:** La situation dans les autres pays vous a-t-elle aidés sur la question des soins médicaux et du droit pénal?

**Mme Seguin:** Mourir dans la dignité appartient à une fédération mondiale. C'est un mouvement très répandu. Au Canada, par exemple, cinq sociétés s'intéressent à la question. Toutes n'appartiennent pas à la fédération mondiale. En tout, 30 sociétés réparties dans 19 pays et représentant plus de 5 millions de personnes se penchent sur cette question. Il y a à peine un mois, la fédération mondiale a tenu une assemblée au Japon. Tous les pays font face au même dilemme que nous. Tous, nous cherchons des solutions.

Ce sont les Pays-Bas qui sont à l'avant-garde. Ce pays a agi de façon responsable. Le mouvement est installé en Australie, en Nouvelle-Zélande, en Grande-Bretagne, et bien d'autres pays s'engagent dans la même direction que nous.

**M. Axworthy:** Qu'en est-il des questions de santé et du droit pénal en général? Y a-t-il des constantes? Faisons-nous bande à part?

**M. Campbell:** Honnêtement, je ne saurais dire. Je ne connais que la situation au Canada. Je n'ai pas fait l'analyse comparative nécessaire.

**M. Boudria (Glengarry—Prescott—Russell):** Les témoins nous ont dit que le grand public appuie ce qu'ils préconisent. Je crois comprendre qu'ils laissent entendre que cet appui en soi justifie l'adoption d'une telle politique. Est-ce bien cela?

**M. Campbell:** C'est assurément l'un des critères que la Chambre des communes devrait avoir l'audace d'appliquer. Mais en fin de compte c'est la conscience de chaque député qui doit trancher. Je pense que c'est un principe constitutionnel fondamental.



[Text]

**Mr. Boudria:** So you're saying that on an issue like this members should be guided by their conscience as opposed to public opinion.

**Mr. Campbell:** I'm not saying as opposed to; I am saying that they are primarily subject to their own moral conscience, and they can take into account a number of aspects, including public opinion. That's not a matter of opinion in a sense; that's a matter of constitutional convention.

**Mr. Boudria:** If the same mind-set were to prevail when dealing with capital punishment in Canada today, don't you think we would have a very strict capital punishment law?

**Mr. Campbell:** If you accept that the House of Commons is obliged to follow public opinion in the strict sense, then I guess that would be so.

**Mr. Boudria:** Just guided by.

**Mr. Campbell:** Again, members of the House, I presume, have made a decision that they will consider that and for their own reasons reject it.

**Mr. Boudria:** On matters of conscience.

**Mr. Campbell:** On matters of conscience, sure.

**Mr. Boudria:** It was mentioned some moments ago that Canada wasn't quite ready yet for an assisted-suicide type of law, but at some point we would. Is that correct?

**Ms Seguin:** I think we are not ready for a euthanasia law right now, whether that be physician aid in dying or what have you. I think some of the drafts that have come through most recently from California are very good drafts. That initiative was defeated on the basis of a 46:54 vote. But that also means that 5.5 million people in California voted for that initiative.

I believe there should be some protection for people who are caught in the dilemma of being present, being the support system for those who choose to end their own life rather than endure what is unendurable in terms of suffering for them.

**Mr. Boudria:** But the question I was asking had more to do with trying to recall what you said earlier. You are saying that we aren't ready yet for such a law but that we would be at some point.

**Ms Seguin:** Yes.

**Mr. Boudria:** The adoption of the measures you're advocating, does this in any way go some distance in what you are advocating?

**Ms Seguin:** In terms of the Criminal Code?

**Mr. Boudria:** Yes.

**Ms Seguin:** No, I don't think so.

**Mr. Campbell:** Our brief deals with the relatively narrow issue of consent to treatment, advanced medical directives, and the like. We haven't got into the area of euthanasia.

[Translation]

**M. Boudria:** Vous dites donc que sur une question comme celle-là, les députés devraient se guider sur leur conscience, par opposition à l'opinion publique.

**M. Campbell:** Je ne dis pas par opposition à; je dis qu'ils dépendent essentiellement de leur propre conscience morale et qu'ils peuvent tenir compte d'un certain nombre de facteurs dont l'opinion publique. En un sens, ce n'est pas affaire d'opinion, mais de convention constitutionnelle.

**M. Boudria:** Si l'on devait appliquer le même état d'esprit au dossier de la peine capitale, ne pensez-vous pas que nous aurions aujourd'hui au Canada une législation très sévère prévoyant la peine capitale?

**M. Campbell:** Si vous acceptez la prémisse selon laquelle la Chambre des communes est obligée de suivre étroitement l'opinion publique, alors je suppose que ce serait le cas.

**M. Boudria:** Non pas suivre, mais seulement se guider sur. . .

**M. Campbell:** Je dois supposer que les parlementaires ont décidé d'envisager la chose et, pour des raisons qui leur sont propres, l'ont rejetée.

**M. Boudria:** Dans des décisions qui sont des questions de conscience.

**M. Campbell:** En effet, des questions de conscience.

**M. Boudria:** On a dit tout à l'heure que le Canada n'était pas encore tout à fait prêt à adopter une législation prévoyant le suicide assisté, mais qu'on le serait à un moment donné. Êtes-vous d'accord avec cela?

**Mme Seguin:** Je pense que nous ne sommes pas prêts actuellement à adopter une législation favorable à l'euthanasie, qu'il s'agisse de médecins qui aident le patient à mourir ou quoi que ce soit. Je crois qu'il y a eu tout récemment d'excellentes initiatives prises en Californie. La dernière initiative a été rejetée par les électeurs dans une proportion de 54 contre 46, mais cela veut dire par ailleurs que 5,5 millions de Californiens ont voté en faveur de cette initiative.

Je crois qu'il devrait y avoir une certaine protection pour les gens qui sont pris dans le dilemme, un soutien pour ceux qui choisissent de mettre fin à leur propre vie plutôt que d'endurer des souffrances intolérables.

**M. Boudria:** Mais la question que je vous posais portait plutôt sur ce que vous avez dit tout à l'heure. Vous dites que nous ne sommes pas encore prêts à adopter une telle loi, mais que nous le serions à un moment donné.

**Mme Seguin:** Oui.

**M. Boudria:** L'adoption des mesures que vous préconisez nous rapprocherait-elle d'une quelconque façon de ce que vous préconisez ultimement?

**Mme Seguin:** Vous parlez du Code criminel?

**M. Boudria:** Oui.

**Mme Seguin:** Non, je ne le crois pas.

**M. Campbell:** Notre mémoire traite de la question relativement étroite du consentement aux traitements, des directives médicales préalables, etc. Nous n'avons pas abordé la question de l'euthanasie.

[Texte]

**Mr. Boudria:** I know that. But you are here today on this whole business of the right to die, so-called, and the ultimate purpose, at some point, has to be achieving a euthanasia law, which is what you said you're seeking ultimately. Is that correct?

**Ms Seguin:** No. I think I've been fairly clear in saying that I think there may be a time in Canada when we will seek some sort of legislation to provide physician aid in dying—

**Mr. Boudria:** Are you advocating that?

**Ms Seguin:** —but we certainly have to work out procedures that are very safe, that are very comfortable for both the citizens of Canada and the health care providers of this country.

• 1605

**Mr. Campbell:** I think we would like to draw a very sharp distinction in this way. There are many people who might choose to refuse treatment, many people who might say, don't keep the high-tech going, it's causing me pain, I don't like watching an aged parent whose condition is terminal in any event undergo prolonged suffering. Only a few of those might consider euthanasia as an active solution to that. Many others would say, let's not bother prolonging the dying process in that sense.

So there is a very sharp distinction, and here we are concerned with compassion for the many Canadians who are in tragic circumstances such as these. We do not necessarily go as far as advocating, at this stage—or starting on a long road towards it—the euthanasia concept that you are raising. The two concepts are really quite different, and there are many issues of very serious social concern with respect to both.

**Mr. Boudria:** Well, the concepts of one being euthanasia and the other being the ability of a patient to refuse treatment.

**Mr. Campbell:** Quite different.

**Ms Seguin:** Or to ask simply for humane care. There are doctors in this country who are terrified to provide adequate pain relief for their patients for fear that somebody is going to say that they are performing euthanasia, when in fact their intent is to relieve suffering.

**Mr. Boudria:** If that is the case, would you like to speculate as to why the Canadian Medical Association never bothered to come, in spite of being invited twice and summoned once to appear on Bill C-203?

**Ms Seguin:** I can't speak for the Canadian Medical Association, but it is my understanding that they were prepared to speak before that committee but the committee adjourned precipitously.

**Mr. Boudria:** Including the day on which the committee adjourned. They had sent us the third letter of refusal on that very day.

**Ms Seguin:** I don't know. I am not within the mind of the CMA.

[Traduction]

**M. Boudria:** Je le sais. Mais vous êtes ici aujourd'hui pour nous parler de toute cette question du prétendu droit à la mort dont l'aboutissement ultime, à un moment donné, ne saurait être autre que l'adoption d'une loi permettant l'euthanasie. Vous avez dit vous-mêmes que c'est ce que vous souhaitez ultimement. N'est-ce pas?

**Mme Seguin:** Non. Je pense avoir dit assez clairement qu'à mon avis, le jour viendra peut-être au Canada où nous chercherons à adopter une quelconque législation permettant aux médecins d'aider le patient à mourir. . .

**M. Boudria:** Est-ce ce que vous préconisez?

**Mme Seguin:** . . .mais, chose certaine, nous devons mettre au point des procédures qui sont tout à fait sûres et tout à fait acceptables à la fois pour les citoyens canadiens et les praticiens de la santé de notre pays.

**M. Campbell:** Il faudrait là une distinction bien claire. Il y a beaucoup de gens qui peuvent refuser le traitement, qui peuvent souhaiter que le médecin arrête les machines parce qu'ils souffrent trop ou qu'ils refusent de voir un parent âgé, en phase terminale, souffrir inutilement plus longtemps. Seuls quelques-uns d'entre eux envisageront l'euthanasie comme solution à ce problème. Les autres, en majorité, voudront simplement ne pas prolonger l'agonie.

Il y a une distinction très nette, et nous avons beaucoup de compassion pour les nombreux Canadiens qui se trouvent dans des situations aussi éprouvantes. Nous n'allons pas nécessairement jusqu'à promouvoir le principe de l'euthanasie, que vous soulevez, à l'heure actuelle—ni même entamer un long processus qui pourrait y mener. Ce sont deux concepts très différents, et les deux soulèvent des préoccupations sociales nombreuses et très graves.

**M. Boudria:** Dans un cas, il s'agit d'euthanasie, dans l'autre, de la capacité du patient de refuser le traitement.

**M. Campbell:** C'est très différent.

**Mme Seguin:** Ou de demander simplement des soins plus humains. Il y a au Canada des médecins qui sont terrifiés à l'idée de prendre les mesures nécessaires pour soulager leurs patients, de crainte d'être accusés d'euthanasie, alors que tout ce qu'ils veulent faire, c'est de soulager la souffrance.

**M. Boudria:** Si c'est le cas, pourriez-vous nous dire pourquoi, à votre avis, l'Association médicale canadienne n'a jamais fait l'effort de venir comparaître devant le comité chargé d'étudier le projet de loi C-203, après avoir été invitée deux fois et convoquée une autre fois à le faire?

**Mme Seguin:** Je ne peux pas parler au nom de l'Association médicale canadienne, mais je crois savoir que ses représentants étaient prêts à venir témoigner devant le comité, mais que celui-ci a mis fin à ses travaux de façon précipitée.

**M. Boudria:** Y compris le jour où le comité a terminé ses travaux. Ce jour-là, l'Association nous avait envoyé sa troisième lettre de refus.

**Mme Seguin:** Je ne sais pas. Je ne suis pas dans les petits papiers de l'AMC.



[Text]

**Mr. Rideout:** I want to ask just one question before you go. I have done some research in this particular area myself. I understand where you are coming from, but I don't understand what is now precluded by the criminal law that you would like to see done.

**Mr. Campbell:** In practical terms, this is what happens. The family is surrounding the bedside of the dying parent or what have you. They approach their physician. The family may be split on what course of treatment is to be given, aggressive or non-aggressive. The portion of the family that wants all sorts of aggressive treatment has a dispute with the other side of the family. The physician is in the middle. One of the first things they might start to do is just to threaten the physician and the hospital with criminal proceedings. The wording is wide enough that it is conceivable that proceedings might be considered. Now, I don't think many attorneys general would necessarily lay charges, but it is there.

**Mr. Rideout:** Has a case been laid?

**Mr. Boudria:** Never.

**Mr. Campbell:** I alluded earlier to my concerns about the absence of research in this area. I can't tell you in how many circumstances this occurs as a percentage. I have heard of it myself on a couple of occasions anecdotally; people call me and so on. But that is anecdote; it is not hard data.

**Mr. Rideout:** My understanding is that most hospitals today have set up ethics committees—

**Mr. Campbell:** That's correct, yes.

**Mr. Rideout:** —that deal with these types of issues and set up policies and procedures under which all of these things are dealt with, even insofar as dealing with disputes—

**Mr. Campbell:** Absolutely.

**Mr. Rideout:** —between families is concerned.

**Mr. Campbell:** I am talking of the worst-case scenario. That's why I say—

**Mr. Rideout:** Yes, that's what I thought.

**Mr. Campbell:** —that we don't have a lot of data here.

**Mr. Rideout:** It would help me if you could point to one part of the Criminal Code, or whatever, that we should change, because I can't get out of my mind the fact—and this is different from talking about euthanasia or any of that other thing—that as far as I know the ability to die with dignity, the ability to say what treatment you do or do not want, is readily available under the law today without any criminal sanctions being associated with it.

**Mr. Campbell:** We have listed the two or three sections with which we have concerns: omissions, medical treatment exception, and aiding, abetting and counselling are the major areas with which we are concerned. The brief deals with those four sections. I don't really think the consent to death section is a terribly material one, but we have included it for the sake of completeness.

[Translation]

**M. Rideout:** J'aimerais vous poser une question avant que vous partiez. J'ai fait moi-même quelques recherches dans ce domaine et je comprends sur quoi vous vous fondez. Ce que je ne comprends pas, c'est quel acte interdit par le droit pénal devrait selon vous être permis.

**M. Campbell:** Voici ce qui se passe dans les faits. Il y a une famille autour du lit d'un mourant. Les membres de cette famille communiquent avec le médecin. Tous les membres de la famille ne sont peut-être pas d'accord sur le traitement qui devrait être donné, traitement énergétique ou passif. Les deux camps se disputent et le médecin se trouve entre les deux. La première chose que l'on fera, c'est peut-être de menacer le médecin et l'hôpital de poursuites judiciaires. Les termes employés sont suffisamment généraux pour rendre cette possibilité envisageable. Cela dit, je ne crois pas que beaucoup de procureurs généraux porteraient des accusations, mais la menace est là.

**M. Rideout:** Est-ce que de telles poursuites ont été entamées?

**M. Boudria:** Jamais.

**M. Campbell:** J'ai parlé précédemment de mon inquiétude quant à l'absence de recherches dans ce domaine. Je ne peux pas vous dire dans quel pourcentage des cas cela se produit. J'en ai entendu parler à quelques reprises, de façon anecdotique. Il ne s'agit pas cependant de données objectives.

**M. Rideout:** Je crois savoir que la plupart des hôpitaux ont de nos jours mis sur pied des comités d'éthique. . .

**M. Campbell:** C'est exact.

**M. Rideout:** . . .qui traitent ce genre de questions et établissent les principes et méthodes qui permettent de traiter tous ces cas, même lorsqu'il s'agit de différends. . .

**M. Campbell:** Tout à fait.

**M. Rideout:** . . .entre les membres des familles touchées.

**M. Campbell:** Ce que je décris, c'est le pire des cas. C'est pourquoi je dis. . .

**M. Rideout:** C'est bien ce que je pensais.

**M. Campbell:** . . .que nous ne disposons pas de beaucoup de données là-dessus.

**M. Rideout:** Il serait utile que vous nous montriez précisément quel article, ou quelle partie du Code criminel nous devrions modifier, puisque je ne puis m'empêcher de penser—et c'est différent de l'euthanasie ou d'autres mesures—que la possibilité de mourir dans la dignité, de refuser des traitements, existe déjà aux termes de la loi actuelle, sans que cela entraîne des sanctions en droit pénal.

**M. Campbell:** Nous avons fait la liste des deux ou trois sections qui nous posent des problèmes: les omissions, l'exception relative au traitement médical, ainsi que l'aide, l'encouragement et les conseils. Ce sont là les principaux domaines qui nous préoccupent. Le mémoire traite de ces quatre éléments. Je ne crois pas que l'article sur le consentement à sa propre mort soit très bien fondé, mais nous l'avons intégré au mémoire pour faire un tour complet de la question.

[Texte]

[Traduction]

• 1610

The key is that specific language is necessary. There should be specific language that makes it clear beyond a shadow of doubt that no health care provider or institution could be charged under this code in any reasonable interpretation of the language. Right now there appears to be a gap.

**The Chairman:** Ms Seguin, please feel free to leave.

**Ms Seguin:** Thank you for the attention of the committee. I apologize that I have to leave, but I seem to have no choice.

**Mr. Campbell:** I'm in the hands of the committee. I'm prepared to stay.

**Mr. Boudria:** I'd like to ask just one or two more questions to follow up on this.

**The Chairman:** Before you do so, Mr. Boudria, I'd like to thank Ms Seguin for coming.

I'm not sure we'll cover this in terms of the general part, but it will certainly be helpful to Parliament in the long term, because it will go into our report in one way or the other. Thank you very much.

**Ms Seguin:** Thank you.

**Mr. Boudria:** In the case of Bill C-203, we had a number of witnesses appear before our committee and the Library of Parliament did a research document for us. Is it not true that no physician was ever convicted of, or even charged with, what you're saying needs to be remedied?

**Mr. Campbell:** I agree. As far as I'm concerned, I don't believe I've encountered, not only in physicians but in the spectrum of health care providers, from ambulance attendants, who notionally could be hit with this, to nurses and—

**Mr. Boudria:** But none have ever been charged?

**Mr. Campbell:** I can't tell you. I don't know the material.

**Mr. Boudria:** Do you know of any that have ever been charged?

**Mr. Campbell:** No, I don't know of any.

**Mr. Boudria:** Thank you.

**The Chairman:** Mr. Campbell, thank you very much. You've made your position much clearer, to me for sure, as to just how far you think society should move at this point. I genuinely appreciate it.

**Mr. Campbell:** Thank you for the opportunity to speak, sir.

**The Chairman:** We stand adjourned.

L'élément clé, c'est la précision du libellé. Le libellé devrait être suffisamment précis pour établir hors de tout doute qu'on ne peut porter d'accusation contre des professionnels de soins de santé ou des établissements en vertu du Code, quelle que soit l'interprétation du libellé. À l'heure actuelle, il semble y avoir là une lacune.

**Le président:** Madame Seguin, vous pouvez partir si vous le voulez.

**Mme Seguin:** Merci au comité de nous avoir entendus. Vous m'excuserez de partir, il semble que je n'ai pas le choix.

**M. Campbell:** Je m'en remets au comité. Je suis prêt à rester.

**M. Boudria:** J'aurais encore une ou deux questions à poser.

**Le président:** Avant que vous procédiez, monsieur Boudria, j'aimerais remercier M<sup>me</sup> Seguin de son témoignage.

Je ne sais pas si nous traiterons de tout cela dans le contexte de la Partie générale, mais ce témoignage sera certes utile au Parlement à long terme, puisqu'il sera intégré à notre rapport d'une façon ou d'une autre. Merci beaucoup.

**Mme Seguin:** Merci.

**M. Boudria:** Durant l'étude du projet de loi C-203, nous avons entendu un certain nombre de témoins et la Bibliothèque du Parlement a préparé un document de recherche à notre intention. N'est-il pas vrai qu'aucun médecin n'a jamais fait l'objet d'une accusation ni d'une condamnation relativement aux éléments qui, d'après vous, doivent être corrigés?

**M. Campbell:** C'est exact. Pour ma part, je n'ai jamais connu de tels cas, non seulement chez les médecins mais aussi chez les professionnels de la santé, quel qu'en soit le groupe, qu'il s'agisse des préposés aux ambulances, qui, théoriquement, pourraient être touchés par ces dispositions, en passant par les infirmières et...

**M. Boudria:** Personne n'a jamais été accusé?

**M. Campbell:** Je ne saurais dire. Je ne connais pas les documents à cet égard.

**M. Boudria:** Savez-vous si quelqu'un a été accusé?

**M. Campbell:** Non, je ne connais aucun cas de ce genre.

**M. Boudria:** Merci.

**Le président:** Monsieur Campbell, merci beaucoup. Vous avez grandement éclairé le comité, moi du moins, sur l'orientation que la société devrait prendre, d'après vous. Je vous en suis vraiment reconnaissant.

**M. Campbell:** Merci de nous avoir permis de témoigner, monsieur.

**Le président:** La séance est levée.





## APPENDIX "CODE-9"

**Dying With Dignity**

*A Canadian Society Concerned With The Quality of Dying*  
Charitable Registration No. 062 1953-09-137  
No d'enregistrement de notre Association de Bienfaisance

**Mourir dans la Dignité**

*La Société Canadienne qui s'occupe de la Qualité de la Mort*  
Executive Director/Directeur Exécutif  
Marilynne Seguin RN

**SUBMISSION****TO****THE HOUSE OF COMMONS  
STANDING COMMITTEE ON JUSTICE AND  
THE SOLICITOR GENERAL****RESPECTING****THE FRAMEWORK DOCUMENT ENTITLED  
*TOWARD A NEW GENERAL PART OF  
THE CRIMINAL CODE OF CANADA*****PRESENTED BY****DYING WITH DIGNITY****A CANADIAN SOCIETY CONCERNED WITH THE  
QUALITY OF DYING****600 EGLINTON AVE. EAST, SUITE 401****TORONTO, ONTARIO M4P 1P3****PHONE (416) 486-3998****FAX (416) 489-9010****November, 1992****Marilynne Seguin, RN, Executive Director****Martin Campbell, Barrister & Solicitor**

## **CONTENTS**

- 1. INTRODUCTION**
- 2. THE BASIC PRINCIPLE: HEALTH CARE MATTERS SHOULD NOT BE SUBJECT TO THE CRIMINAL CODE**
- 3. ABSENCE OF FACTS SUPPORTING CRIMINALIZATION OF HEALTH CARE MATTERS**
- 4. PROVINCIAL REGULATION OF HEALTH CARE MATTERS**
- 5. SPECIFIC COMMENTS**
  - (i) Omissions**
  - (ii) Medical Treatment Exception**
  - (iii) Consent to Death — No Defence**
  - (iv) Aiding and Abetting and Counselling**
- 6. CONCLUSIONS**

### **APPENDICES:**

- A) Dying With Dignity Brochure**
- B) Comment on the proposed “Preamble” to the Criminal Code**

## 1. INTRODUCTION

Dying with Dignity (“DWD”) was formed in 1980 as a society concerned with the quality of dying.

DWD attempts to address the serious problems experienced by those nearing the end of life.

DWD’s constituency is nationwide. DWD has over 7 000 members and responds to approximately 1 000 inquiries per month.

DWD affirms the right of each individual to choose their course of medical treatment. This includes the right to refuse medical treatment.

## 2. THE BASIC PRINCIPLE: HEALTH CARE MATTERS SHOULD NOT BE SUBJECT TO THE CRIMINAL CODE

DWD’s submission is that health care matters should not be and need not be part of The Criminal Code, provided such health care delivery is performed by licensed health care providers as regulated in their respective provinces.

DWD submits that this position is consistent with the proposed “Declaration of Principles”, namely:

- a) The criminal law should be used only in circumstances where other means of social control are inadequate or inappropriate;
- b) The criminal law should be used in a manner which interferes no more than necessary with individual rights and freedoms;
- c) The criminal law should set out clearly and understandably
  - (i) what conduct is declared criminal, and
  - (ii) what culpability is required for a finding of criminal liability.

## 3. ABSENCE OF FACTS SUPPORTING CRIMINALIZATION OF HEALTH CARE MATTERS

DWD is unaware of any extensive study respecting the continuing need for the inclusion of health care matters in The Criminal Code. Detailed research in this area is beyond the resources of DWD, but DWD recommends that officials of the Department of Justice assemble what statistical and other data is available to consider whether the inclusion of health care matters in The Criminal Code is in the public interest.



#### 4. PROVINCIAL JURISDICTION — LEGISLATION

A number of provinces have enacted or have introduced legislation respecting health care directives.

##### *Alberta*

Advance Directives and Substitute Decision-Making In Personal Care, Report for Discussion No. 11, November 1991, by Alberta Law Reform Institute.

##### *British Columbia*

“Closer to Home” Summary of the Report of the British Columbia Royal Commission on Health Care and Costs — in the section titled “Strategies for Change” specific requests for change to the Criminal Code are addressed.

##### *Manitoba*

The Health Care Directives and Consequential Amendments Act. (Passed with a probable proclamation date of January 1993).

##### *Nova Scotia*

Medical Consent Act, Passed 1988

##### *Ontario — Legislation*

The Legislative Assembly of Ontario is considering legislation which would permit advanced medical directives and substitute decision-making and which would affirm the right of a patient to choose not to receive treatment. The legislation is not yet law.

**Bill 74** — The *Advocacy Act*.

**Bill 108** — The *Substitute Decisions Act*, 1992.

**Bill 109** — The *Consent to Treatment Act*, 1992.

**Bill 110** — An Act to amend certain Statutes of Ontario consequent upon the enactment of the *Advocacy Act*, 1992, the *Consent to Treatment Act*, 1992 and the *Substitute Decisions Act*, 1992.

### *Ontario — Case Law*

The Ontario Court of Appeal in the case of *Mallette vs. Shulman* has confirmed the right of a patient to refuse treatment even though such refusal might lead to the death of the patient.

### *Quebec — Legislation*

The Mandat (passed 1990: legislates a Power of Attorney for property and personal health care decisions)

### *Quebec — Case Law*

The Quebec Superior Court in the case of *Nancy B.* has confirmed her right to refuse treatment, even though her refusal might lead to her death.

### *Saskatchewan*

Proposals for An Advance Health Care Directives Act by Law Reform Commission of Saskatchewan

## **PROVINCIAL JURISDICTION — REGULATION OF PROFESSION**

Provincial statutes ensure that health care providers adhere to professional standards in implementing and giving effect to patient requests.

## **5. SPECIFIC ISSUES**

### **(i) *Omissions (Section III (A)(iii)(b)) (Page 19)***

DWD submits that the omission to provide medical care where a decision to refuse medical care, and a decision to withdraw from medical care or treatment has been made, should not be subject to The Criminal Code.

*We suggest this wording to deal with Omissions:*

**“A health care provider is not criminally responsible for any act done in accordance with the instructions given by a competent individuals or as the result of instructions contained in a individual’s advance health care directive (Living Will) or given by an individual’s personal attorney for health care.”**

*(ii) Medical Treatment Exception (Section III (A)(iii)(d)) (Page 25)*

DWD submits that it is valuable to retain the principle that no one need provide medical treatment which is “therapeutically useless” or to which the patient does not consent.

The major difficulty is redefinition of the words “therapeutically useless”.

DWD submits that treatment which is therapeutically useless is treatment which prolongs the dying process or treatment which is given where there is no reasonable expectation that the physical or mental condition of a patient will improve.

DWD submits that a health care practitioner follows the instructions of a proxy decision maker or, follows the terms of an Advance Medical Directive, in the case of an unconscious or incompetent patient, be exempt from Criminal Code sanctions.

Clearly the Advance Medical Directive must comply with provincial legislation and the proxy decision maker must be qualified to act on the person’s behalf.

*(iii) Consent to death — No Defence (Section III(A)(v)) (Your page 40)*

DWD submits that where a patient has made a decision not to accept treatment or a decision to withdraw from medical care or treatment, that such decision is not a “consent to death”. Health care providers who act in accordance with those directions should not be subject to prosecution.

*(iv) Aiding and Abetting (Section III(G)(xxxiv)(a)) (Page 121) and Counselling (Section III(G)(xxxiv)(c)) (Your page 127)*

DWD submits that the activities of informing patients about the consequences of following or not following a course of treatment should not be subject to The Criminal Code.

DWD submits that advising the patient as to the consequences of following or not following a course of treatment, should not fail within the Criminal Code. Such advice simply provides the patient with the information necessary to make an informed decision.

DWD submits that health care providers who act in accordance with a patient’s directions to refuse or withdraw from medical care or treatment, where such refusal or withdrawal may result in the patient’s death, should not be subject to the Criminal Code.

## 6. CONCLUSION

DWD reiterates its position that health care matters should not be part of The Criminal Code.

DWD supports changes to The Criminal Code which would permit health care providers to give effect to the directions of patients including a patient's decision to refuse treatment, and a patient's decision to withdraw from treatment, without fear of prosecution.



## APPENDICE «CODE-9»

**Dying With Dignity**

*A Canadian Society Concerned With The Quality of Dying*  
Charitable Registration No. 062 1953-09-137  
No d'enregistrement de notre Association de Bienfaisance

**Mourir dans la Dignité**

*La Société Canadienne qui s'occupe de la Qualité de la Mort*  
Executive Director/Directeur Exécutif  
Marilynne Seguin RN

**MÉMOIRE****AU****AU COMITÉ PERMANENT DE LA JUSTICE  
ET DU SOLLICITEUR GÉNÉRAL  
(CHAMBRE DES COMMUNES)****RELATIVEMENT****AU DOCUMENT CADRE INTITULÉ  
*POUR UNE NOUVELLE CODIFICATION DE LA PARTIE GÉNÉRALE  
DU CODE CRIMINEL DU CANADA*****PRÉSENTÉ PAR****MOURIR DANS LA DIGNITÉ****LA SOCIÉTÉ CANADIENNE QUI S'OCCUPE DE LA  
QUALITÉ DE LA MORT****600 EGLINTON AVE. EAST, PIÈCE 401****TORONTO (ONTARIO) M4P 1P3****TÉLÉ. : (416) 486-3998****FAX : (416) 489-9010****Novembre 1992****Marilynne Seguin, inf., directrice exécutive****Martin Campbell, avocat**

## TABLE DES MATIÈRES

1. INTRODUCTION
2. LE PRINCIPE FONDAMENTAL : LES QUESTIONS DE SANTÉ NE DOIVENT PAS ÊTRE ASSUJETTIES AU CODE CRIMINEL
3. L'ABSENCE DE FAITS JUSTIFIANT LA CRIMINALISATION DES QUESTIONS DE SANTÉ
4. RÉGLEMENTATION PROVINCIALE DES QUESTIONS DE SANTÉ
5. QUESTIONS PARTICULIÈRES
  - (i) Omissions
  - (ii) Exception relative au traitement médical
  - (iii) Le consentement à sa propre mort
  - (iv) Aide et encouragement et conseil
6. CONCLUSIONS

## ANNEXES

- A) Brochure de Mourir dans la dignité
- B) Remarques concernant le «Préambule» proposé au Code criminel

## 1. INTRODUCTION

Mourir dans la dignité a été créée en 1980, à titre de société qui s'occupe de la qualité de la mort.

Mourir dans la dignité essaie de répondre aux préoccupations des personnes dont la mort est proche.

La société Mourir dans la dignité a des membres dans tout le Canada. Elle compte plus de 7 000 membres et répond à un millier de demandes d'information chaque mois.

Mourir dans la dignité affirme le droit de chaque personne de choisir le cours de son traitement. Ce choix comprend le droit de refuser un traitement.

## 2. LE PRINCIPE FONDAMENTAL : LES QUESTIONS DE SANTÉ NE DOIVENT PAS ÊTRE ASSUJETTIES AU CODE CRIMINEL

Mourir dans la dignité soutient que les questions de santé n'ont pas à être abordées dans le Code criminel, dans la mesure où les soins de santé sont prodigués par des professionnels de la santé autorisés et réglementés par leurs provinces respectives.

Mourir dans la dignité soutient que cette position est conforme à la «déclaration de principes» proposée, c'est-à-dire que :

- a) Le recours au droit pénal ne doit avoir lieu que dans les cas où les autres méthodes de contrôle social ne suffisent pas ou ne conviennent pas;
- b) Le recours au droit pénal ne doit pas nuire aux droits et aux libertés individuels plus qu'il ne faut;
- c) Le droit pénal doit énoncer de manière claire et intelligible :
  - (i) quelle conduite est déclarée criminelle,
  - (ii) quelle culpabilité est requise pour confirmer la responsabilité criminelle.

### 3. L'ABSENCE DE FAITS JUSTIFIANT LA CRIMINALISATION DES QUESTIONS DE SANTÉ

À notre connaissance, aucune étude poussée n'a été faite pouvant conclure à la nécessité d'incorporer les questions de santé dans le Code criminel. Mourir dans la dignité n'a pas les ressources voulues pour faire des recherches détaillées dans ce domaine, mais nous recommandons au ministère de la Justice de réunir toutes les statistiques et autres données disponibles, pour vérifier s'il y va de l'intérêt public d'inclure les questions de santé dans le Code criminel.

### 4. RÉGLEMENTATION PROVINCIALE DES QUESTIONS DE SANTÉ

Un certain nombre de provinces ont adopté des lois relativement aux directives médicales.

#### Alberta

«Advance Directives and Substitute Decision-Making in Personal Care, Report for Discussion», No. 11, novembre 1991, «Alberta Law Reform Institute».

#### Colombie-Britannique

«Closer to Home, Summary of the Report of the British Columbia Royal Commission on Health Care and Costs.» Dans la section intitulée «Strategies for Change», des demandes particulières en vue de modifier le Code criminel sont examinées.

#### Manitoba

«The Health Care Directives and Consequential Amendments Act». (La loi a été adoptée et sera probablement proclamée en janvier 1993.)

#### Nouvelle-Écosse

«Medical Consent Act», adoptée en 1988.

#### Ontario - législation

L'Assemblée législative de l'Ontario envisage d'adopter une loi qui autoriserait les directives préalables médicales et la prise de décisions au nom d'autrui et qui affirmerait le droit du malade de refuser un traitement médical. C'est encore un projet de loi.



Loi 74 - Loi de 1991 sur l'intervention.

Loi 108 - Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui.

Loi 109 - Loi de 1992 sur le consentement au traitement.

Projet de loi 110 - Loi modifiant certaines lois de l'Ontario par suite de l'adoption de la Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui et de la Loi de 1992 sur le consentement au traitement.

#### Ontario - Jurisprudence

La Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Mallette c. Shulman*, a confirmé le droit du malade de refuser un traitement même si ce refus peut entraîner sa mort.

#### Québec - Législation

Le Mandat (adopté en 1990, autorise la prise de décisions par procuration concernant la disposition des biens et les soins de santé).

#### Québec - Jurisprudence

La Cour supérieure du Québec, dans l'affaire *Nancy B.*, a confirmé le droit de celle-ci de refuser le traitement, même si cela peut entraîner la mort.

#### Saskatchewan

La «Law Reform Commission of Saskatchewan» a proposé une «Advance Health Care Directives Act».

### LOIS PROVINCIALES - RÉGLEMENTATION DE LA PROFESSION

Les lois provinciales veillent à ce que les professionnels de la santé adhèrent aux normes de la profession lorsqu'il s'agit de répondre aux demandes du malade.

## 5. QUESTIONS PARTICULIÈRES

### (i) Omissions (p. 19)

La société Mourir dans la dignité soutient que l'omission de donner des soins médicaux lorsque la décision a été prise de refuser un traitement ne doit pas relever du Code criminel.

Nous proposons le libellé qui suit :

Le professionnel de la santé n'est pas tenu criminellement responsable d'un acte posé conformément aux directives données par une personne compétente ou découlant d'instructions préalables concernant les soins de santé ou données en son nom.

### (ii) Exception relative au traitement médical (page 25)

La société Mourir dans la dignité maintient qu'il y a lieu de préserver le principe selon lequel nul n'est tenu d'administrer un traitement médical qui est inutile sur le plan thérapeutique ou auquel le patient ne consent pas.

La principale difficulté réside dans la définition de l'expression «inutile sur le plan thérapeutique».

La société Mourir dans la dignité soutient qu'un traitement qui est inutile sur le plan thérapeutique est un traitement qui prolonge l'agonie ou qui est donné lorsqu'on ne peut s'attendre raisonnablement à une amélioration de l'état physique ou mental du malade.

La société Mourir dans la dignité maintient qu'un médecin qui respecte une décision par procuration ou qui respecte les directives préalables, lorsque le malade est inconscient ou incompetent, doit être exempté des sanctions prévues par le Code criminel.

Il va de soi que les directives préalables médicales doivent être conformes aux lois provinciales et que la personne qui décide au nom d'autrui doit être qualifiée pour le faire.

(iii) Le consentement à sa propre mort (page 40)

La société Mourir dans la dignité prétend que lorsque le malade a décidé de refuser ou d'interrompre un traitement, cette décision ne signifie pas qu'il consent à mourir. Les professionnels de la santé qui agissent conformément à ces directives ne doivent pas être poursuivis en justice.

iv) Aide et encouragement (page 128) et conseil (page 134)

La société Mourir dans la dignité soutient que le fait d'informer le malade des conséquences d'un traitement ou d'un refus de traitement ne doit pas relever du Code criminel. Cette information ne fait qu'aider le malade à prendre une décision éclairée.

Nous soutenons que les professionnels de la santé qui agissent conformément aux directives du malade de refuser ou d'interrompre un traitement ou les soins de santé, et cette décision risque d'entraîner la mort du malade, ne doivent pas être assujettis au Code criminel.

## 6. CONCLUSION

La société Mourir dans la dignité réitère que les questions de santé ne doivent pas faire partie du Code criminel.

Elle est en faveur de modifications au Code criminel qui permettraient aux professionnels de la santé de donner suite aux directives des malades, y compris la décision du malade de refuser ou d'interrompre un traitement, sans craindre d'être poursuivis en justice.

---





**MAIL  POSTE**

Canada Post Corporation/Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

**Lettermail**

**Poste-lettre**

**K1A 0S9**

**Ottawa**

*If undelivered, return COVER ONLY to:  
Canada Communication Group — Publishing  
45 Sacré-Cœur Boulevard,  
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:  
Groupe Communication Canada — Édition  
45 boulevard Sacré-Cœur,  
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9*

**WITNESSES**

*From Dying with Dignity:*

Marilynne Seguin, Executive Director;  
Martin Campbell, Barrister & Solicitor.

**TÉMOINS**

*De Mourir dans la dignité:*

Marilynne Seguin, directeur exécutif;  
Martin Campbell, avocat.

Available from Canada Communication Group — Publishing,  
Supply and Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente: Groupe Communication Canada — Édition,  
Approvisionnement et Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

**374000028**





JUN 8 1994



